Alexander Fischer

Die Kündigung nach § 13 GWB im System der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten

1969

1970

Die Kündigung nach § 13 GWB

im System der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

z u M ü n s t e r

Vorgelegt von

Alexander F i s c h e r

aus Münster / Westfalen

1 9 7 o

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. L u k e s

D e k a n : Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung : 26. J u n i 1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

A.	Methode der Untersuchung	1
I.	Die Objekte der Kartellkündigung	2
	1. Kartellvertrag	4
	2. Kartellbeschluß	44
II.	Die Einordnung des Kündigungsrechtes	47
B.	Die allgemeinen Lösungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechtes	49
I.	Die einzelnen Gesellschaftsformen der Kartelle	5o
II.	Die Lösungsmöglichkeiten bei den einzelnen Kartellgesellschaftsformen	66
	1. Die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts	66
	2. Die Weiterentwicklung der Lösungsmöglichkeiten	78
C.	Die Kündigung der Kartellverträge nach § 13 GWB	1o6
I.	Die Verfälschung des Kündigungsrechts	1o6
II.	Die Vereinbarkeit der Kündigungswirkung mit der Struktur der einzelnen Kartellgesellschaftsformen	128
	1. Genossenschaft	13o
	2. GmbH	134
	3. Aktiengesellschaft	14o
	4. Doppelgesellschaft	146
III.	Rechtsfolgen der Beendigung der Kartellmitgliedschaft	149
IV.	Das Verhältnis von § 13 GWB zu den Lösungsbestimmungen des Gesellschaftsrechts	16o
D.	Die Kündigung der Kartellbeschlüsse	172

L i t e r a t u r

Amtliche Begründung	zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Band 33, Drucksache 1158
Bartholomeyczik	Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft In: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht Band 1o5, S. 293 ff.
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch 16. Aufl. München und Berlin 1964
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8. Aufl. München und Berlin 196o
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz 12. Aufl. München und Berlin 1965
Beitzke	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen In: Recht und Zeit Schloß Bleckede 1948
Benisch	Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen In: Schriftenreihe Der Betrieb Düsseldorf 1961
Benkendorf	Über den Vertrag in § 1 GWB In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1962, S. 313 ff.
Böttcher	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht Berlin 1964
Brodmann	Kommentar zum Aktienrecht Berlin-Leipzig 1928
-	Kommentar zum GmbH-Gesetz 2. Aufl. Leipzig 193o
v. Brunn	Grundzüge des Kartellrechts Berlin 1938
Callmann	Das Deutsche Kartellrecht Berlin 1934
Deumer	Das Recht der eingetragenen Genossenschaft München und Leipzig 1912

Dilthey	Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen Bonn 1937
Drehfahl	Zum Begriff der Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung i.S. des § 9 I KVO Dissertation Rostock 1930
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 1o. Mai 1897 II.Bd. 1. Hälfte 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Eger	Das Recht der deutschen Kartelle Berlin 1932
Ehrenbergs's	Handbuch des gesamten Handelsrechts III.Bd. 1. Abt. Leipzig 1916 III.Bd. 3. Abt. Leipzig 1929 IV.Bd. 2. Abt. Leipzig 1918
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Allgm. Teil 15. Aufl. Tübingen 1959 u. 196o
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Aufl. Münster 1967
Fajans	Die Kündigung eines Gesellschafters bei der GmbH Dissertation Erlangen 1933
Fikentscher	Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung In: Wirtschaft und Wettbewerb 196o, S. 68o ff.
Fischer	Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz In: GmbH-Rundschau 1953, S. 131 ff.
Flechtheim	Die rechtliche Organisation der Kartelle 2. Aufl. Mannheim, Leipzig, Berlin 1923
-	Die Kündigung eines Kartells in Form der Nebenleistungs-GmbH In: Kartell-Rundschau 1927, S. 57 ff.

Frankfurter	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Loseblattsammlung
Friedländer	Zweifelsfragen aus der KVO In: Juristische Rundschau 1925, S.147 ff.
Funke	Begriff des Kartells nach dem Entwurf des GWB Dissertation Münster 1956
Gadow- Heinichen	Großkommentar zum Aktiengesetz 2. Aufl. 1. Band Berlin 1961 2. Band Berlin 1965
Geiler	Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts Mannheim, Leipzig, Berlin 1922
v. Gierke	Dauernde Schuldverhältnisse In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 64, S. 355 ff.
Goldbaum	Kartellrecht und Kartellgericht 2. Aufl. Berlin 1926
Gschnitzer	Die Kündigung nach deutschem und oesterreichischem Recht In: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 76, S. 317 ff.
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 6. Aufl. 1. Band Berlin 1956 2. Band Berlin 1959
Hämmerle	Handelsrecht Bd. II Graz, Wien, Köln 1958
Hauf	Die Kündigung von Kartellen und ihre rechtlichen Folgen Dissertation Gießen 1926
Haupt-Reinhard	Gesellschaftsrecht 4. Aufl. Tübingen 1952
Held	Rechtsformen zulässiger Kartelle In: FIW-Schriftenreihe Heft 1o Köln-Berlin-Bonn-München 1963

Hueck	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht In: Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie d. Wissenschaften Jahrgang 1944/1946, Heft 7, München 1947
-	Gesellschaftsrecht 11. Aufl. München, Berlin, 1963
Isay- Tschierschky	Kartellverordnung 2. Aufl. Mannheim 1930
Kaufmann	Verkaufssyndikate in Form der GmbH, Kündigung der Lieferpflicht In: Sächsisches Archiv 1912 S. 409 ff.
Kisselstein	Die Kündigung der Kartell-GmbH nach § 8 KVO In: Kartell-Rundschau 1928, S. 274 ff.
Klinger	Die aktuelle Bedeutung der Rechtsprechung des früheren deutschen Kartellgerichts In: Wirtschaft und Wettbewerb 1952, S. 375 ff.
Krause	Die Kartellkündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kartellgerichts Mannheim, Berlin, Leipzig, 1931
-	Gesellschaftsbeschluß und Abstimmung. Ihre Rechtsnatur und Behandlung Dissertation Leipzig 1937
Kreismann	Umfang und Wirkung der Kündigung aus § 8 KVO bei der Kartell-GmbH unter Berücksichtigung der Doppelgesellschaft
Lange	Allgemeiner Teil des BGB 7. Aufl. München, Berlin 1964
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 4. Aufl. Neuwied 1965
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts I. Bd. 8. Aufl. München und Berlin 1967 II.Bd. 9. Aufl. München und Berlin 1968
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 13. Aufl. Berlin 1962

Lehmann	Das Recht der Aktiengesellschaft Neudruck der Ausgabe Berlin 1904 Aalen 1964
-	Gesellschaftsrecht 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959
Lehnich	Die Wettbewerbsbeschränkung Köln, Berlin 1956
Lent	Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht Leipzig 1912
Liebmann-Saenger	Kommentar zum GmbH-Gesetz 7. Aufl. Berlin 1924
Lucas	Kartellvertrag und Kartellorganisation In: Kartell-Rundschau 1927, S. 4 ff.
-	Der Zweck im Kartellrecht In: Juristische Wochenschau 1924, S. 1119 ff.
-	Kartell und GmbH In: Deutsche Juristenzeitung 1924, S. 495 ff.
Lukes	Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen München u. Berlin 1959
Mayer	Kartelle, Kartellorganisationen und Kartellpolitik Wiesbaden 1959
Mestmäcker	Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen In: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Bd. 7 Wettbewerb als Aufgabe S. 5 ff. Bd.Homburg v.d.Höhe, Berlin, Zürich 1968
Meyer-Cording	Wettbewerbsbeschränkung durch Empfehlungen In: NJW 1953, S. 565 ff.
Molitor	Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages 2. Aufl. Mannheim 1951
Müller-Erzbach	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens Weimar 1948

Müller-Gries	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2. Aufl. Frankfurt 1968
Müller-Henneberg-Schwarz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht. Gemeinschaftskommentar 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Nehm	Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht München, Berlin, Leipzig o.J.
Orel	Die Nebenleistungspflicht der eingetragenen Genossenschaft Göttingen 1961
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 23. Aufl. München u. Berlin 1964
Parisius-Crüger	Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften Kommentar 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1932
Paulick	Das Recht der eingetragenen Genossenschaft Karlsruhe 1956
Peters	Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen In: Archiv für die civilistische Praxis Bd. 165, S. 311
Roth	Das individualistische und das kollektivistische Prinzip im Rechte der AG und GmbH In: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1912 S. 266 ff.
Rasch	Wettbewerbsbeschränkung, Kartell- und Monopolrecht. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2. Aufl. Herne - Berlin 1958
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern 11. Aufl. I.Bd. 1. Teil Berlin 1959 II.Bd. 2. Teil Berlin 1960

Ruge	Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluß In: WuW 1963, S. 698 ff.
Schlauske	Die rechtliche Natur der Kartellbindung Dissertation Breslau 1940
Schlegelberger	Aktiengesetz vom 30.1.1937 Kommentar 2. Aufl. Berlin 1937
Schlochoff	Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit Dissertation Breslau 1933
Schmitz	Das Verhältnis der Kartellkündigungsbestimmungen nach BGB und KartellVo und seine Auswirkungen insbesondere auf das Kartell von unbestimmter Dauer Dissertation Köln 1937
Scholz	Kommentar zum GmbH Gesetz 2. Aufl. Köln 1950
-	Die Kündigung der Kartell-GmbH In: GmbH-Rundschau 1930, S. 487 ff.
Schriftlicher	Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953 Bundestagsdrucksache 3644
Schwalbe	Die Kündigung aus wichtigem Grund im Gesellschaftsrecht Dissertation Jena 1936
Seckel	Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts In: Festschrift für Richard Koch, S. 205 ff. Berlin 1903
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar Bd. II 9. Aufl. Stuttgart 1962
Staudinger's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11. Aufl. I. Band Berlin 1957 II. Band 4. Teil Berlin 1958

Stroinsky	Ist der Kartellvertrag durch die Kartellverordnung zu einem Vertrag eigener Art geworden ? Dissertation Berlin 1927
Tiemann	Die Kündigung der Kartelle Dissertation Breslau 1928
v. Tuhr	Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I Leipzig 1910
Ulmer	Kartellvertrag und Gentlemen agreements In: WuW 1962, S. 3 ff.
Vormbaum	Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluß der Generalversammlung und das Abstimmen in ihr Dissertation Rostock 1929
Wenge	Austritt eines Genossen aus der eingetragenen Genossenschaft Leipzig 1935
Westermann	Das rechtliche Wesen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften In: Seraphim, Vom Wesen der Genossenschaft und ihrer steuerlichen Behandlung, S. 62 ff. Neuwied 1951
-	Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens In: Steuer und Recht, Bd. 5, S. 57 ff.
-	in Klein, Seraphim, Ohm, Westermann: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, Gutachten des Instituts für Genossenschaftswesen der Universität Münster 1953
Wieczorek	Zivilprozeßordnung Kommentar Bd. IV Teil 2 Berlin 1958
Wieland	Handelsrecht Bd. II Die Kapitalgesellschaften München und Leipzig 1931
Würdinger	Gesellschaften 1. Teil : Recht der Personalgesellschaften Hamburg 1937
-	Aktien- und Konzernrecht 2. Aufl. Karlsruhe 1966

Abkürzungen

AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGRKBGB	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Sächs. Archiv	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
StuR	Steuer und Recht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

A. Die Methode der Untersuchung

Ziel der folgenden Untersuchung ist es, Voraussetzungen und Wirkungen der Kündigung nach § 13 GWB festzustellen und damit die Stellung dieser Kündigungsbestimmung innerhalb der Lösungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts aufzuzeigen.
Voraussetzung einer derartigen Analyse ist zunächst die Ermittlung der Rechtsnatur dieses Kündigungsrechtes. Denn die Kündigung ist keine typisch gesellschaftsrechtliche Erscheinung, mag sie auch auf diesem Rechtsgebiet besonders ausgeprägt und häufig sein. Sie stellt vielmehr überall dort, wo durch die besondere Natur eines Rechtsverhältnisses eine dauernde und intensive persönliche Bindung der Beteiligten begründet wird, eine Möglichkeit dar, diese Bindungen unter bestimmten Voraussetzungen einseitig zu lösen. Die Kündigung ist daher als abstrakter Rechtsbegriff nicht notwendig gesellschaftsrechtlich, sondern ihrem Rechtscharakter nach zunächst neutral. Erst in ihrer konkreten Ausprägung - als Lösungsmöglichkeit eines bestimmten Rechtsverhältnisses - erhält sie ihre kennzeichnende Rechtsnatur; allein die Zuordnung zu einem Rechtsverhältnis hebt die Kündigung aus der Anonymität eines bloßen Rechtsbegriffes heraus und ordnet sie einem bestimmten Rechtstyp zu. Sie ist ein unselbständiges Rechtsgeschäft, welches seine Grundrelation notwendig in einem Dauerrechtsverhältnis findet [1]. Der Rechtscharakter einer Kündigungsvorschrift ergibt sich demnach erst aus ihrem Zusammenhang mit dem einzelnen, der Kündigung unterworfenen Rechtsverhältnis; er wird folglich durch die Rechtsnatur dieses Rechts-

---

1) Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und oesterreichischem Recht in Iherings Jahrbuch 1928, S. 317 ff. S. 322.

verhältnisses bestimmt [1].

Daraus ergibt sich zugleich der Ausgangspunkt und die Methode der Untersuchung des § 13 GWB : Der Rechtscharakter des Kartellkündigungsrechts kann nicht durch eine abstrakte Betrachtung dieser Vorschrift allein gewonnen werden; vielmehr müssen zunächst die Rechtsverhältnisse festgestellt werden, die das Objekt der Kündigung bilden. Aus dieser Feststellung läßt sich nach dem oben Gesagten auch der Rechtscharakter des Kündigungsrechts selbst ableiten. Erst danach kann die Frage beantwortet werden, ob die Vorschrift des § 13 GWB überhaupt in das System der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten einzuordnen ist. Die Einordnung in einen bestimmten Rechtskreis ermöglicht schließlich die Analyse der Vorschrift selbst und ihrer Stellung innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Kündigungsbestimmungen.

I. Die Objekte der Kartellkündigung

§ 13 GWB bezieht sich nach seinem eindeutigen Wortlaut ausschließlich auf die Kartellverträge und -beschlüsse des 1. Abschnitts des GWB. Aus dieser Zuordnung ergibt sich folglich der Ansatzpunkt für die Untersuchung des § 13 : Es ist zunächst der Rechtscharakter dieser Verträge und Beschlüsse festzustellen, um dadurch auch die Kündigungsvorschrift ihrer Rechts-

---

1) Molitor, Die Kündigung, S. 94/95.

natur nach zu individualisieren [1].

Kartellverträge und -beschlüsse bilden nach ihrer Funktionsbestimmung die Grundlage von Kartellen im Sinne der §§ 1 ff. GWB [2]. Nun sind in § 1 GWB nur die Begriffsmerkmale des Kartells selbst zum Ausdruck gekommen : Nach § 1 sind Kartelle diejenigen rechtsgeschäftlichen Zusammenschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu einem gemeinsamen Zweck, die auf Beschränkung des Wettbewerbs unter den Beteiligten zielen, und die dadurch geeignet sind, die Marktverhältnisse für bestimmte Wirtschaftsbereiche zu beeinflussen [3].

---

1) Gegenstand des Kündigungsrechts sind zwar nur die vom Gesetz als wirksam angesehenen Verträge der in den §§ 2-8 bezeichneten Art. Denn die für unwirksam erklärten Verträge des § 1 begründen keine rechtlichen Bindungen, so daß eine Kündigung, also eine Lösung von Rechtsbindungen, weder erforderlich noch logisch möglich ist. Dennoch ist bei der Untersuchung der Rechtsnatur der kündbaren Kartellverträge von der Definition des § 1 auszugehen. Denn die in den §§ 2-8 bezeichneten Verträge entsprechen in ihrem Grundcharakter denen des § 1. Das folgt einmal daraus, daß der Gesetzgeber auch zur Festlegung der Ausnahmen vom Grundsatz der Unwirksamkeit ausdrücklich auf § 1 Bezug genommen hat. Es ergibt sich insbesondere von der Natur der Ausnahmeregelung selbst : Die Zulassung einer Ausnahme von einer gesetzlichen Regelung setzt voraus, daß die ausgenommenen Tatbestände ihrem Wesen nach an sich diese gesetzliche Regelung erfüllen. Andernfalls wäre nämlich die besondere Statuierung als Ausnahme nicht erforderlich; sie würde sich vielmehr ipso iure schon aus der Abweichung vom gesetzlich geregelten Fall ergeben. Die Kennzeichnung als Ausnahmeregelung bestätigt daher die Übereinstimmung der Verträge der §§ 2-8 und des § 1 hinsichtlich ihres Rechtscharakters. Bei der Untersuchung der Rechtsnatur des Kündigungsobjekts ist daher auf § 1 GWB abzustellen.

2) Frankfurter Kommentar zum GWB, § 1 TZ 6.

3) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskomm. z. GWB § 1 Vorbem.I 1; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 187; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 233

Aus der Begriffsbestimmung des § 1 ergibt sich demnach zwar die Erklärung der Wirkungen der Verträge und Beschlüsse, nicht jedoch eine unmittelbare Aussage über deren rechtlichen Charakter. Die Definition des § 1 läßt aber insoweit Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der kartellbegründenden Rechtsgeschäfte zu, als der Rechtscharakter der Kartellverträge und -beschlüsse mit dem des Kartells selbst im Verhältnis Ursache - Wirkung verknüpft ist. Denn die besondere "wettbewerbsbeeinflussende Eigenschaft" der Kartelle ist - wie später gezeigt wird - von einer speziellen rechtlichen Gestaltung des Zusammenschlusses abhängig. Die Gestaltung ist ihrerseits unmittelbares Resultat der kartellbegründenden Rechtsgeschäfte selbst. Der Rechtscharakter der kartellbegründenden Verträge und Beschlüsse wird daher durch ihre Wirkungen, d.h. ihre marktwirtschaftliche Funktion geprägt. Bei der Bestimmung der Rechtsverhältnisse, welche den Gegenstand des Kündigungsrechts bilden, ist die Definition des § 1 GWB folglich insoweit von Bedeutung, als sie mittelbar auch deren rechtliche Beschaffenheit festlegt.

1. Der Kartellvertrag

Rechtsprechung und Schrifttum zur Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (KVO - RGBl. I, S. 1067) sahen den Kartellvertrag überwiegend als Gesellschaftsvertrag bzw. gesellschaftsähnlichen Vertrag an [1].

---

1) RGZ 53,19 (22); 114,262 (264); 128, 1 (11);
RG in KartellRsch. 1941, S. 695 (696);
Isay-Tschiersky, Kartellverordnung, § 1, Anm.8;
Geiler-Düringer-Hachenburg, Bd. II 1, Anhang B Anm.376.
v.Brunn,Grundzüge, S.2o/21 m.weit.Nachweisen;
Pinner-Geiler-Hachenburg in KartellRdsch.193o,S.38o(382)
Tiemann, Die Kündigung der Kartelle, Diss., S. 5;
Schmitz, Das Verhältnis der Kartellkündigungsbestimmungen, Dissertation, S. 11.

Eine dogmatische Begründung für die gesellschaftsrechtliche Bindung als Wesensmerkmal des Kartells wurde jedoch nicht gegeben. Vielmehr wurden lediglich die Grundsätze übernommen, die bereits vor Inkrafttreten der KVO durch die Kartellpraxis entwickelt worden waren.
In Anknüpfung an die zu § 1 KVO gewonnenen Ergebnisse [1] geht die herrschende Meinung auch bezüglich des Kartellbegriffes des GWB davon aus, daß Grundlage des Kartells eine gesellschaftsrechtliche Verbindung der Beteiligten sein müsse. Die Notwendigkeit eines Gesellschaftsverhältnisses unter den Kartellmitgliedern wird von der h.L. nicht nur aus den Grundprinzipien, sondern auch aus dem gegenüber § 1 KVO veränderten Wortlaut des § 1 GWB entnommen [2]. Tatsächlich deutet die Fassung des § 1 - "Verträge ... zu einem gemeinsamen Zweck" - eher als der Wortlaut des § 1 KVO auf die die gesellschaftsrechtliche Natur des Kartellvertrages hin [3]. Denn das Bestehen einer Zweckgemeinschaft ist essentielles Wesensmerkmal gerade der Gesellschaft.
Es ist aber fraglich, ob allein der Verweis auf die Ergebnisse zu § 1 KVO bzw. der Hinweis auf den veränderten Wortlaut des § 1 GWB die Notwendigkeit eines gesellschaftsrechtlichen Vertrages dogmatisch rechtfertigen können.

---

1) so ausdrücklich: Müller-Henneberg, Vorbem. I 1 zu § 1.

2) Müller-Henneberg, Vorb. I 1 zu § 1; Rasch, Wettbewerbsbeschränkung, § 1, Anm. 6; Müller-Gries, Komm. zu GWB, § 1, Anm. 19; Westermann in "Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf" S. 74/80; Funke, "Begriff des Kartells", Dissertation S. 33; Mayer, Kartelle und Kartellorganisationen, S. 22.

3) § 1 KVO : Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen) bedürfen der schriftlichen Form.

An der Definition der h.M. ist daher verschiedentlich - insbesondere von Lukes "Der Kartellvertrag" - Kritik erhoben und dabei gerade das gesellschaftsrechtliche Element als Wesensmerkmal des Kartellvertrages verneint worden. Die Ergebnisse zu § 1 KVO können schon deshalb nicht herangezogen werden, weil sie selbst dogmatisch nicht begründet sind. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob wenigstens der Wortlaut des § 1 zwingend den Kartellvertrag als gesellschaftsrechtliches Verhältnis ansieht. Nun ist es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen, durch die Formulierung des § 1 GWB eindeutiger als die KVO den gesellschaftsrechtlichen Charakter des Kartellvertrages auszudrücken [1]. Der Wortlaut soll hervorheben, daß nur Gesellschafts-, nicht aber Individualverträge Kartellverträge sein können. Damit sollte zugleich die Anlehnung an den Kartellbegriff der KVO und die dazu gewonnenen Ergebnisse bestätigt werden. Der gesetzgeberische Wille kann zwar auch dann zur Auslegung eines Gesetzes herangezogen werden, wenn er sich eindeutig nur aus den Gesetzesmaterialien ableiten läßt. Er muß aber im Gesetz selbst Ausdruck gefunden haben [2]. Der Wille des Gesetzgebers, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nur dann als Kartell anzusehen, wenn sie gesellschaftsrechtliche Beziehungen hervorrufen oder zur Grundlage haben, ist allein ausgedrückt in den Worten : "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck". Die Frage nach der Rechtsnatur des Kartellvertrages des GWB ist daher von einer Untersuchung des Gesellschaftsbegriffs und seiner Konkretisierung in der obigen Formulierung zu beantworten :

---

1) Amtl. Begründung zum Regierungsentwurf des GWB - BT Drucksache 1158, 2. Wahlperiode 1953, Abschn. B I 2 und C Ziff. 1 zu § 1.

2) Enneccerus-Nipperdey, S. 330

Gesellschaft im weiteren Sinne ist jeder auf vertraglicher Grundlage errichtete Personenverband zur Förderung gemeinsamer, selbstgesetzter Aufgaben [1]. Typisches Kennzeichen der Gesellschaft ist das Vorhandensein eines gemeinsamen Zweckes, zu dessen Verwirklichung die Beteiligten in vertragsmäßig vereinbarter oder satzungsmäßig bestimmter Weise zusammenwirken. Dieses gemeinschaftsbegründende Merkmal der Gesellschaft ist zwar in der Fassung des § 1 GWB zum Ausdruck gekommen. Da sowohl körperschaftliche Verbände als auch Gesellschaften im engeren Sinne Zweckgemeinschaften sind [2], erfaßt der gesetzliche Kartellbegriff insoweit alle Gesellschaften im weiteren Sinne. In dieser Personen- und Zweckgemeinschaft erschöpft sich der Gesellschaftsbegriff jedoch nicht. Wesentliche Voraussetzung der Gesellschaft ist ferner die rechtliche Bindung an die Gemeinschaft und die daraus resultierende Verpflichtung des Einzelnen zur Förderung des gemeinsamen Zweckes [3]. Dieses Verpflichtungserfordernis besteht sowohl bei den Personenrechtsverhältnissen i.S. des § 705 BGB als auch bei den körperschaftlich organisierten Gemeinschaften. Für die Gesellschaft im engeren Sinn ergibt es sich aus dem Wesen des gemeinschaftsbegründenden Vertrages. Der Gesellschaftsbegriff des BGB verlangt nämlich nicht nur eine gemeinsame Zweckverfolgung. Er stellt diese Zweckverfolgung auch auf die Grundlage rechtlicher Verpflichtung. Der Gesellschaftsvertrag i.S. des § 705 BGB begründet ein Schuldverhältnis; durch ihn verpflichten sich die Beteiligten, den gemeinsamen Zweck durch Beiträge zu fördern [4].

---

1) Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 4/5.
2) Würdinger, Gesellschaften, Teil 1, S.13.
3) Lukes, Der Kartellvertrag, S.127.
4) Larenz, Schuldrecht II, S. 286.

Für die Personenzusammenschlüsse auf körperschaftlicher Grundlage ergibt sich die Bindungs- und Verpflichtungswirkung aus dem Charakter der Mitgliedschaft. Diese ist ein personenrechtliches Rechtsverhältnis, aus dem sich beiderseitige Rechte und Pflichten ergeben [1]. Diese mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten dienen aber in erster Linie der Verwirklichung des gemeinsamen Zweckes, sie fließen unmittelbar aus der Interessenverbindung [2]. Das zeigt, daß nicht nur das einzelne Mitgliedschaftsverhältnis, sondern auch die körperschaftlichen Zweckgemeinschaften selbst durch den Bindungs- und Verpflichtungscharakter gekennzeichnet sind [3]. Dieser Verpflichtungscharakter sämtlicher gesellschaftsrechtlichen Bindungen bedeutet also, daß eine tatsächliche Zweckgemeinschaft erst dann als Gesellschaft im weiteren Sinn angesehen werden kann, wenn sie von rechtlichen Bindungswirkungen getragen wird [4].

---

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 674

2) Müller-Erzbach, Das Private Recht der Mitgliedschaft, S. 34.

3) Man kann dieses Verpflichtungselement bei den Körperschaften auch aus dem Organisationselement ableiten (so Lukes, S. 127). Da bei den Körperschaften nicht die Gesellschafter am Rechtsleben teilnehmen, sondern die Körperschaft als Gemeinschaft aller Gesellschafter, bedarf es auf den für den Rechtsverkehr wichtigen Bereichen der Herstellung einer Gemeinschaft, eben des Organisationselementes. Dieses kann nur durch rechtliche Bindung und Verpflichtung aller Gesellschafter geschaffen werden.

4) Würdinger, Gesellschaften I, S. 24.

Das Erfordernis eines gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB läßt daher nur dann die Kartelle als Vereinbarungen notwendig gesellschaftsrechtlicher Natur erscheinen, wenn die gesetzliche Formulierung zugleich eine Verpflichtungswirkung der Verträge postuliert.
§ 1 GWB enthält zwar keine ausdrückliche Forderung eines Verpflichtungsvertrages. Die h.M. hat dieses Verpflichtungserfordernis jedoch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem darin verwendeten Vertragsbegriff selbst abgeleitet. Schon die Entstehungsgeschichte rechtfertigt die Charakterisierung des Kartellvertrages als Verpflichtungsgeschäft [1]. Denn nach der Begründung zum Reg.Entwurf knüpft § 1 GWB an den Kartellbegriff der KVO an [2]. § 1 KVO bezeichnete aber als Kartellverträge ausdrücklich nur die Rechtsgeschäfte, die eine Verpflichtung zu Wettbewerbsbeschränkungen enthielten [3]. Dementsprechend ist in der Begründung zum Reg.Entwurf des GWB das Verpflichtungserfordernis mehrfach erwähnt [4]. Auch nach dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf des GWB sollten die Voraussetzungen des § 1 GWB nur erfüllt sein, wenn durch den Vertrag Verpflichtungen zu einem bestimmten wettbewerbsbeschränkendem Verhalten begründet werden [5].

---

1) Vergl. Ruge, "Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluß" in WuW 1963, S. 698 ff. (S. 699); Ulmer, "Kartellvertrag und Gentlemen Agreement" in WuW 1962, S. 3 ff. (S. 8).

2) Amtl. Begründung zum Reg. Entwurf des GWB, Abschn. C, § 1 Ziff. 1.

3) S.o. S. 5 Fn. 3.

4) Amtl. Begründung zum Reg. Entwurf des GWB Abschn. C, § 1 Ziff. 1, 4, 5, 6.

5) Ausschußbericht Kurlbaum, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 3644, S. 15.

Zwar handelt es sich nur um Materialien zum Entwurf des GWB. Da aber die endgültige Fassung des § 1 GWB von der des Entwurfs nur unbedeutend abweicht, können die amtliche Begründung und der Bericht des Wirtschaftsausschusses unmittelbar als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens angesehen werden [1]. Allerdings muß dieser Wille in der Fassung des Gesetzes zum Ausdruck gekommen sein. Da das Verpflichtungsmerkmal in § 1 GWB im Gegensatz zu § 1 KVO nicht normiert ist, kommt es darauf an, ob aus der Formulierung "Verträge" der Verpflichtungscharakter abgeleitet werden kann und muß.

In seiner Untersuchung des Kartellvertrages kommt Lukes zu dem Ergebnis, daß eine Verpflichtung unter den Beteiligten als Wesensmerkmal des Kartells weder dem Gesetzestext entnommen noch durch Auslegung des Gesetzes gefunden werden kann [2]. Infolgedessen seien auch die "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck" nicht als Gesellschaftsverträge anzusehen [3].Lukes geht bei seiner Analyse des Kartellvertrages davon aus, daß eine Willensübereinkunft, die auf Wettbewerbsbeschränkung unter den Beteiligten zielt, geeignet ist, auch in die Rechtsbereiche unbeteiligter Dritter einzugreifen [4]. Denn durch die Festlegung von Preisen, Höchstquoten, Geschäftsbedingungen etc. würden Dritte, die mit Kartellmitgliedern kartellgebundene Rechtsgeschäfte abschließen, in ihrer Einflußmöglichkeit auf diese Geschäfte und damit in ihrer Gestaltungsfreiheit beeinträchtigt. Die Willensübereinkunft der Kartellbeteiligten ziele demnach auf mittelbare Rechtswirkungen gegen Dritte, auf sog. Reflexwirkungen [5].

---

1) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 125/126
2) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 123
3) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 127/128
4) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 15o ff.
5) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 159 ff., S. 17o/171.

Diese Reflex- oder Außenwirkungen sieht Lukes als ein Wesensmerkmal des Kartellvertrages an [1]. Außenwirkungen lassen sich nach Lukes nicht aus einem verpflichtenden Vertrag ableiten, da dieser auf andere als die abschließenden Subjekte nur im E i n z e l f a l l Wirkungen zu zeitigen vermöge, nicht aber g e n e r e l l e Auswirkungen, wie sie die Kartellbindung darstelle [2]. Daher könne die Willenseinigung unter den Kartellbeteiligten hinsichtlich der als kartelltypisch angesehenen Außenwirkungen kein gesellschaftsrechtliches Vertragsverhältnis sein [3]. Vielmehr handele es sich bei den "Verträgen zu einem gemeinsamen Zweck" in § 1 GWB um Verträge besonderer Art : Der Kartellvertrag ist nach Lukes eine Willensübereinkunft mit der Eignung zu positionsverschlechternden Wirkungen für Dritte [4].

Nun ist der Ausgangspunkt dieser Kartelldefinition insofern zutreffend, als der Vertrag als Rechtsbegriff nicht notwendigerweise auf eine schuldrechtliche Verpflichtung der Beteiligten zu zielen braucht [5]. Lukes gelangt zu seiner These des Kartellvertrages als eines bloßen "Reflexvertrages" jedoch durch eine Erweiterung des bürgerlich-rechtlichen Vertragsbegriffes. Zwar erkennt er an, daß jeder Vertrag eine Willensübereinkunft voraussetzt [6]. Diese Willensübereinkunft brauche aber nicht auf einen unmittelbaren Rechtserfolg gerichtet zu sein, also weder auf Begründung noch auf Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten zu zielen.

---

1) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 289
2) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 117
3) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 290/296
4) Lukes, Der Kartellvertrag, S.298,285
5) Lukes, Kartellvertrag, S. 123
6) Lukes, Kartellvertrag, S. 255 ff., S. 299

Für das Zustandekommen eines Vertrages reiche vielmehr aus, wenn die Parteien mit ihren Erklärungen den mittelbaren Eintritt von Wirkungen auf Dritte erstrebten und dabei als einzige rechtliche Bindung der Willensübereinkunft die Anwendung der Rechtsordnung auf ihre gegenseitigen Erklärungen vereinbarten. Dabei bestehe hinsichtlich des gewollten Erfolges des Rechtsgeschäftes, nämlich der Reflexwirkungen, keine Verpflichtung oder Bindung der Kartellpartner [1]. Diese Interpretation des Rechtsinstitutes "Vertrag" stimmt nun mit der von Rechtsprechung und Schrifttum ent-

---

1) Lukes, Kartellvertrag, S. 261, 264, 266/267

wickelten Definition des Vertragsbegriffes nicht überein. [1]

---

1) Der Vertrag erfordert als wesentlichen Bestandteil das Vorliegen von Willenserklärungen. Eine Willenserklärung muß nach weitaus h.M. auf Erzeugung unmittelbarer Rechtswirkungen gerichtet sein, also auf Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses (Enneccerus-Nipperdey, S. 896 f., Fußnote 4 a.E. mit w.N.).

Nach Lukes liegt jedoch eine Willenserklärung schon dann vor, wenn ein nur wirtschaftlicher Erfolg beabsichtigt und dabei die Maßgeblichkeit der Rechtsordnung für die Willensentäußerung gewollt ist (Lukes, S. 261). Nun reicht zwar auch nach h.M. das Wollen eines bloß wirtschaftlichen Erfolges aus, sofern dieser auf rechtlichem Wege als rechtlich gesichert erreicht werden soll (Lehmann, Allg. Teil des BGB, S. 129). Nach Lukes (S. 268) braucht sich das Wollen der Maßgeblichkeit der Rechtsordnung aber nicht auf den mittelbaren rechtlichen Erfolg der Willenserklärungen, also die Reflexwirkungen, zu beziehen. Denn die positionsverschlechternden Reflexwirkungen treten nach seiner Ansicht nicht deshalb ein, weil die Willensübereinkunft und damit die Anwendung der Rechtsordnung gerade auf ihren Eintritt konkret gerichtet ist, sondern weil generell der Eintritt von Rechtswirkungen als gewollt erklärt ist. Die Anwendung der Rechtsordnung ist nach Auffassung von Lukes von den Kartellbeteiligten nur hinsichtlich ihrer "eigenen Rechtsbeziehung" gewollt. Dabei ist jedoch nicht ersichtlich, worin diese Rechtsbeziehung bestehen soll, da doch weder Begründung noch Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses oder Rechts Inhalt der Willenserklärungen sein soll. Keinesfalls können die Rechtsbeziehungen der Kartellbeteiligten darin bestehen, daß für ihre Willensübereinkunft die Vorschriften über die Gültigkeit von Willenserklärungen Anwendung finden sollen (Lukes, S. 261). Denn die Einhaltung dieser Normen ist ja erst Voraussetzung für die Entstehung vertraglich begründeter Rechtsbeziehungen und damit für die Anwendung der Rechtsordnung auf eine Willensübereinkunft. Rechtserfolg kann sie dagegen niemals sein.
Der Vertrag im Sinne von Lukes ist daher letzten Endes auf den Eintritt tatsächlicher Wirkungen (Lukes, S. 259), der im Sinne der h.M. auf die Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichtet.

Selbst wenn jedoch der Vertragsbegriff für eine Ausweitung i.S. von Lukes Raum ließe, so bliebe doch zu prüfen, ob gerade das GWB notwendig von dieser abweichenden Vertragsdefinition ausgeht. Es darf zwar auch im Rahmen einer juristischen Untersuchung nicht unbeachtet bleiben, daß das GWB in erster Linie volkswirtschaftliche Funktionen erfüllt, also "Wirtschaftsgesetz" ist. Die besonderen Bedürfnisse der Wirtschaft können dazu führen, daß der Gesetzgeber Rechtsbegriffe zwar terminologisch unverändert, inhaltlich jedoch mit einem abgewandelten, den speziellen volkswirtschaftlichen Aufgaben angepaßtem Sinn verwendet [1]. Dann müßte aber der wirtschaftliche Zweck auch des GWB zwingend eine Ausdehnung des juristischen Vertragsbegriffes verlangen : Zweck des Gesetzes ist es, die marktwirtschaftliche Funktion des Wettbewerbs durch staatliche Ordnungsmaßnahmen zu gewährleisten. Die Faktoren, die allein für den Ablauf des Marktgeschehens erheblich sein sollen, Angebot und Nachfrage, sowie die mit ihnen korrespondierenden Faktoren Preis und Absatz, sollen sich ungestört entfalten können. Um das marktwirtschaftliche Gleichgewicht aufrechtzuerhalten, soll das GWB dessen Störungsquellen, nämlich wirtschaftliche Machteinflüsse im weiteren Sinne, ausschalten. Soweit sich nun diese wirtschaftliche Macht in Form von Kartellen konkretisiert, sieht das GWB zu ihrer Bekämpfung zwei Möglichkeiten vor :
Einmal erklärt es die Verträge und Beschlüsse, die Rechtsgrundlage des Kartells bilden, für unwirksam (§ 1). Zum anderen ahndet es tatsächliche Handlungen, die sich über diese rechtliche Unwirksamkeit der Beschlüsse hinwegsetzen, sowie die Beihilfe zu diesen Handlungen (§ 38).

---

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 898, Fußnote 11; a.A. Ruge in WuW 1963, S. 699.

Soweit nun das Gesetz zur Bekämpfung der Kartelle die Unwirksamkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen anordnet, erfordert der Gesetzeszweck keine Ausdehnung des Vertragsbegriffes auf Vereinbarungen, die keine rechtliche Bindung der Beteiligten hinsichtlich des wettbewerbsbeschränkenden Erfolgs begründen : Die Unwirksamkeit hat zur Folge, daß die Beteiligten ihre Absprachen nicht mit Hilfe der Rechtsordnung verwirklichen können. Das Gesetz will demnach mit der Rechtsfolge des § 1 lediglich vor rechtlich gesicherten Beeinflussungen des Wettbewerbs schützen, nicht vor tatsächlichen Handlungen. Absprachen, die nach dem Willen der Beteiligten keine Bindungswirkung haben sollen, sind aber ihrer Natur nach nicht rechtlich durchsetzbar. Sie brauchen daher auch nicht vom Gesetz für rechtlich unwirksam erklärt zu werden. Der Schutzzweck des § 1 GWB verlangt daher die Einbeziehung von Verträgen, bei denen die Wettbewerbsbeschränkung ein rechtlich nicht erzwingbarer Rechtsreflex ist, nicht. Über diesen zivilrechtlichen Bereich hinaus ist der 'Vertragsbegriff des § 1 GWB jedoch auch für die Strafvorschrift des § 38 Abs. 1 GWB von Bedeutung. Danach begeht derjenige eine mit Geldbuße belegte Ordnungswidrigkeit, der die nach § 1 unwirksamen Verträge und Beschlüsse ausführt. Grundgedanke dieser Vorschrift ist, daß auch rechtlich unwirksame oder von den Parteien als rechtlich nicht verbindlich aufgefaßte Absprachen tatsächliche Beeinflussungen des Wettbewerbs zur Folge haben können, wenn sie von den Beteiligten auf Grund eines zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber dennoch gemeinsamen wirtschaftlichen Interesses ausgeführt werden. Die Auswirkungen dieser Vereinbarungen auf das marktwirtschaftliche Gleichgewicht sind nun häufig stärker als die

Folgen rechtlich verpflichtender Abmachungen [1].

---

1) Besonders diese für eine Marktbeeinflussung gleich erheblichen Wirkungen der sog. "Gentlemen Agreements" sprechen nach Lukes gegen die Auffassung des Kartells als Gesellschaft. Denn die unverbindlichen Absprachen lassen sich nicht unter den Begriff der Gesellschaft einordnen. Nach Ansicht von Lukes verlangen nun gleiche äußere Erscheinungen auch eine einheitliche rechtliche Einordnung (S. 113/132). Diese Bedenken hinsichtlich des Kartellbegriffes ergeben sich daraus, daß Lukes das "Kartell" als Rechtsbegriff im Sinne einer selbständigen Vertragskategorie auffaßt. "Das Kartell" ist jedoch in erster Linie ein volkswirtschaftlicher Begriff. Juristische Funktion kommt ihm nur insoweit zu, als es Sammelbezeichnung für verschiedene rechtliche Erscheinungsformen, nämlich Gesellschaftstypen ist. Diese Funktion reicht jedoch nicht für die Charakterisierung als Rechtsbegriff aus (Geiler in Düringer-Hachenburg, Anhang B, Anm. 378). Darüber hinaus läßt sich aus einer gleichartigen Wirkung nicht zwingend das Erfordernis gleicher rechtlicher Behandlung ableiten: Zwar ist der Zweck der gesetzlichen Regelung des GWB die "Gewährleistung des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft" (Lukes, S. 129 m.w.N.). Insofern würde sich die Interpretation des Kartellvertrages als Gesellschaftsvertrag als zu eng erweisen. Der Gesetzgeber wollte jedoch mit der Statuierung des Kartellverbotes nicht generell jede wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unterbinden.

Zweck der Regelung des § 1 GWB ist vielmehr, gerade die marktwirtschaftlichen Konzentrationen zu erfassen, die auf Grund einer verbindlichen gesellschaftsrechtlichen Organisation eine erhöhte wirtschaftliche Durchschlagskraft besitzen (Begründung z. Entwurf des GWB, B I und B I_2; Westermann in Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 74). Diese Absicht des Gesetzgebers zeigt sich schon daran, daß nicht rechtsgeschäftliche Wettbewerbsbeeinflussungen im GWB eine gesonderte Regelung erfahren haben (z.B. §§ 22, 25 ff. GWB).

Hält man für § 1 GWB am herkömmlichen Vertragsbegriff und damit am Erfordernis eines Rechtsbindungswillens fest, so kann wettbewerbsstörendes Verhalten nicht nach § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB geahndet werden, wenn es auf einer als rechtlich nicht bindend gewollten Vereinbarung beruht [1]. Die Anwendbarkeit dieser Strafvorschrift hängt dann in der Tat davon ab, ob die Beteiligten die Unwirksamkeit ihrer Absprache nach § 1 GWB nur in Kauf nehmen, oder ob sie diese Unwirksamkeit von vornherein beabsichtigen [2]. Die Beteiligten können also einerseits der Sanktion des § 38, Abs. I, Ziff. 1 GWB durch Verzicht auf eine rechtliche Bindung ausweichen; andererseits kann ihre Willensübereinkunft durch außerrechtliche Faktoren, wie Druck, Solidaritätsgefühl, kaufmännische Anständigkeit, die gleiche Bindungswirkung wie eine Rechtsbindung erzeugen [3]. Um die Ausführung auch dieser außerrechtlichen Absprachen als Ordnungswidrigkeit erfassen zu können, wird eine Erweiterung des in § 1 i.V.m. § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB verwendeten Vertragsbegriffes gefordert : Eine Willensübereinkunft soll schon dann Vertrag i.S. dieser Bestimmungen sein, wenn durch sie eine "faktische Bindung" entsteht. Für das Vorliegen dieser Bindung soll entscheidend sein, ob die Beteiligten ernsthaft mit dem

---

1) In diesem Zusammenhang ist es nicht entscheidend, ob die sog. Gentlemen agreements rechtliche, wenn auch nicht einklagbare Beziehungen schaffen und deshalb unter den Vertragsbegriff des § 1 GWB fallen (Nachweise über den Meinungsstand bei Ruge in WuW 1963, S. 703). Maßgeblich ist vielmehr, ob der Vertragsbegriff des GWB eine Ausdehnung auf die Gentlemen agreements auch dann erfordert, wenn man sie als außerrechtliche Abmachungen im gesellschaftlichen Bereich ansieht (Ruge, a.a.O., S. 704/705).

2) Dagegen: Müller-Henneberg, § 1 Anm. 12; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 1 GWB Anm. 29.

3) OLG Celle in Betriebsberater 1965, S. 1370.

Erfolg ihrer außerrechtlichen Absprache rechnen [1]. Trotz der Schwierigkeiten, die sich aus der Verweisung des § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB auf den Tatbestand des § 1 GWB ergeben, ist eine solche Erweiterung des Vertragsbegriffes für das GWB weder gerechtfertigt noch erforderlich :

Es ist einmal fraglich, ob zur Analyse des zivilrechtlichen Vertragsbegriffes die Vorschrift des § 1 GWB und die Strafbestimmung des § 38 GWB als Einheit angesehen werden dürfen; es würde damit ein zivilrechtlicher Begriff mit Hilfe von "Sühnegedanken" interpretiert [2]. Darüber hinaus dürfte die Ausdehnung des Vertragsbegriffes in der vorgeschlagenen Weise nicht den Erfordernissen der Rechtssicherheit entsprechen [3]:

---

1) Müller-Henneberg, § 1 Anm. 12;
Einen anderen Weg geht OLG Celle, a.a.O.: Ohne Rücksicht auf den Vertragsbegriff des § 1 GWB soll die tatsächlich bindende Willensübereinkunft im Rahmen des § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB als Vertrag behandelt werden. Es würde dem Zweck des Gesetzes widersprechen, wenn gerade die vorsätzlich und in Verbotskenntnis getroffene Abrede nicht als Ordnungswidrigkeit erfaßt werden könnte. Ähnlich Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB Anm. 29, nach dem der Sinn des § 1 GWB im Rahmen des § 38 Abs. I Ziff. 1 GWB weiter reicht. Mit dieser Konstruktion wird in Wahrheit der durch § 1 GWB bestimmte Tatbestand des § 38 Abs. I Ziff, 1 GWB erweiternd ausgelegt. Es wird damit ein allgemeines Umgehungsverbot begründet, das im GWB nicht vorgesehen ist. Eine solche ausdehnende Analogie ist aber mit dem Verfassungsgrundsatz "nulla poena sine lege", der auch für das Recht der Ordnungswidrigkeiten gilt, nicht vereinbar (Ruge in WuW 1963, S. 709; Müller-Henneberg § 1 Anm. 12).

2) Benkendorf, "Über den Vertrag in § 1 GWB" in WRP 1962, S. 313 ff. (316); Langen § 1 Anm. 30.

3) Ruge WuW 1963, S. 699.

Wenn die Bestimmung des Kartelltatbestandes letztlich davon abhängt, ob die Beteiligten ernsthaft mit dem Erfolg ihrer Absprache rechnen, so ist eine sichere Eingrenzung des Kartellvertrages in der Praxis kaum möglich. Schließlich verlangt auch der Gesetzeszweck, der Schutz unbeteiligter Dritter vor den Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Absprachen, nicht dieEinführung eines neuen Vertragstypes für das Kartellrecht. Denn die ohne Rechtsbindungswillen getroffenen Vereinbarungen können als wechselseitige Empfehlungen der Beteiligten angesehen werden [1]. Diese Empfehlungen sind nach § 38 Abs. II GWB ebenfalls Ordnungswidrigkeiten, wenn sie ursächlich für verbotene Wettbewerbsbeeinflussungen sind. Selbst bei Festhalten am herkömmlichen Vertragsbegriff für das GWB besteht daher eine ausreichende gesetzliche Handhabe, um die "Reflexwirkungen" auch der außerrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen. Der Zweck des GWB erfordert daher -soweit es sich um die Bekämpfung marktwirtschaftlicher Störungsfaktoren in Form von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen handelt - nicht die Einführung eines neuen, erweiterten Vertragsbegriffes. Die Frage, inwieweit sich aus dem Wortlaut des § 1 GWB ("Verträge ... zu einem gemeinsamen Zweck") die Notwendigkeit eines Verpflichtungsvertrages ergibt, ist daher vom herrschenden Vertragsbegriff aus zu beantworten:
Der Vertrag ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft [2]. Jedes Rechtsgeschäft verlangt als wesentlichen Teil eine Willenserklärung; diese muß auf den Eintritt von Rechtsfolgen gerichtet sein. Es gehört daher zum

---

1) Müller-Henneberg § 38 Anm. 19; Ruge WuW 1963, S. 710/711; Ulmer in WuW 1962, S. 17; Meyer-Cording, "Wettbewerbsbeschränkung durch Empfehlungen" in NJW 1953, S. 565 ff. (566).

2) Zum Folgenden: Enneccerus-Nipperdey, S. 882 ff., insbes. S. 896 m.w.N.

Vertrag als Rechtsgeschäft die Absicht der Parteien, mit ihren gegenseitigen Erklärungen Rechtswirkungen hervorzubringen. Diese Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts - und damit auch eines Vertrages - können nach h.M. nur auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Ist eine Rechtsaufhebung oder Veränderung bezweckt, so handelt es sich bei dem Rechtsgeschäft um eine Verfügung; ist dagegen die Begründung eines Rechtsverhältnisses beabsichtigt, so ist ein Verpflichtungsgeschäft erforderlich.
Da die Kartellverträge erst auf Begründung von Kartellverhältnissen gerichtet sind, kann es sich bei ihnen aus der Natur der Sache nicht um die Aufhebung oder Veränderung von bereits bestehenden Rechtsverhältnissen handeln. Demnach kommen Verfügungsgeschäfte als Kartellverträge nicht in Betracht. Weil jedoch andererseits der herrschende Vertragsbegriff nur eine Aufgliederung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte zuläßt, muß es sich bei den Kartellverträgen um Verpflichtungsgeschäfte handeln [1]. Daraus ergibt sich, daß schon aus dem Wortlaut des § 1 GWB notwendig das Erfordernis eines Verpflichtungscharakters der Kartellverträge hervorgeht. Damit sind die Begriffsmerkmale des Gesellschaftsvertrages im weiteren Sinne -Zweckgemeinschaft und Verpflichtungsnatur - hinsichtlich der Verträge des § 1 GWB festgestellt. Der aus den Materialien ermittelte Wille des Gesetzgebers, als Verträge i.S. des § 1 GWB nur gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen anzusehen, findet daher seine Bestätigung in der Fassung des Gesetzes "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck". Kartellverträge sind demnach nur Verträge gesellschaftsrechtlicher Natur.

---

1) Ulmer, WuW 1962, S. 8; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 1 GWB, Anm. 28
Ruge, WuW 1963, S. 698

Die Festlegung des Gesetzes auf den Vertragsbegriff im hier aufgezeigten Sinn führt jedoch zu der Frage, ob zu den gesellschaftlichen Zusammenschlüssen nur die durch "Vertrag" i.S. des § 705 BGB begründeten Gesellschaften im engeren Sinne oder auch die Verbindungen auf körperschaftlicher Grundlage zu zählen sind. Schon unter dem Einfluß der KVO wurde die Auffassung vertreten, daß als "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck" nur die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die OHG und der nichtrechtsfähige Verein anzusehen seien [1]. Die juristischen Personen könnten hingegen nicht als Verträge in diesem Sinn aufgefaßt werden. Denn sie würden zwar durch Gründungsverträge ins Leben gerufen; nach ihrer Konstituierung führten sie jedoch ein vom Vertrag losgelöstes Eigendasein und seien damit keine "Verträge" mehr. Diese Ansicht beruhte auf den konstruktiven Schwierigkeiten, welche die Anwendung der kartellrechtlichen Kündigungsbestimmungen auf die Verträge des § 1 KVO zur Folge hatte. Die Kündigung bezieht sich als unselbständiges Gestaltungsrecht notwendig auf Rechtsverhältnisse; daher unterliegen der Kündigung auch nur solche Verträge, die selbst Rechtsverhältnisse darstellen. Die Gründungsverträge der juristischen Personen rufen nun zwar neben der juristischen Person als solcher auch Rechtsverhältnisse ins Leben, nämlich die "Mitgliedsverhältnisse der Gesellschafter. Sobald jedoch eine juristische Person in das Rechtsleben getreten ist, ist sie nicht nur kein Vertrag mehr, sondern - was in diesem Zusammenhang wichtiger ist - auch kein Rechtsverhältnis. Infolgedessen unterliegen die juristischen Personen als solche auch nicht der Kündigung.

---

1) Curtius, in JW 1924, S. 326

Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die juristischen Personen nicht Kartell i.S. des GWB sein können. Der konstruktive Fehler dieser Auffassung liegt in einem dogmatisch falschen Ausgangspunkt der Betrachtung. Die kartellrechtliche Kündigungsbestimmung des § 13 GWB bezieht sich zwar auf den Vertragsbegriff des § 1 GWB [1]. Aus diesem Zusammenhang der beiden Bestimmungen kann jedoch nicht auf den Vertragsbegriff des § 1 geschlossen werden, da der gesetzgeberische Zweck beider Normen völlig verschieden ist : § 1 will die B i l d u n g von Kartellen verhindern. Die mit ihm angeordnete Unwirksamkeitsfolge bezieht sich deshalb nur auf den rechtsgeschäftlichen Tatbestand der Kartellgründung.
Die Gründungsvereinbarungen werden aber selbst von der oben zitierten Meinung auch dann als "Verträge" i.S. des § 1 angesehen, wenn sie auf Errichtung juristischer Personen zielen. Denn § 1 erklärt nicht die juristische Person als solche für unwirksam, sondern den sie ins Leben rufenden Vertrag.
§ 13 GWB will dagegen den Mitgliedern eines bestehenden - also rechtlich wirksamen-Kartells die Aufhebung der Kartellbindung ermöglichen. Die Kündigung soll die Bindung zwischen der Gesamtorganisation und dem Einzelmitglied aufheben. Daher bezieht sich § 13 gar nicht auf die Gesamtorganisation als solche, auf das Kartell, sondern nur auf das aus ihm fließende persönliche Verhältnis des Mitgliedes zur Organisation, auf die Mitgliedschaft. § 13 erfaßt deshalb neben "Beitrittsverträgen" die Gründungsverträge der §§ 2 ff. nur insoweit, als sie mitgliedschafts-, nicht kartellbegründend sind, also neben den Gründungserklärungen zugleich Beitrittserklärungen enthalten.

---

1) s.o., S. 3, Anm. 1

Die Rechtsform des Kartells, damit die Rechtsnatur des Gründungsvorgangs, ist für die Frage der Kündigung nur insofern interessant, als sie unmittelbar die Rechtsnatur der Mitgliedschaft bestimmt und damit mittelbar die Rechtsnatur der Kündigung sowie ihre Wirkung auf das Kartell.
Daher kann aus dem Vertragsbegriff des § 13 GWB nicht der Vertragsbegriff des § 1 analysiert werden, sondern es ist umgekehrt vorzugehen.

Bedenken dagegen, auch die auf Gründung von Körperschaften gerichteten Vereinbarungen als Verträge im Sinn von § 1 aufzufassen, ergeben sich jedoch in einer anderen Richtung :
Die Rechtsnatur der Gründung der körperschaftlichen Verbindungen ist im Schrifttum stark umstritten [1]. Teilweise wird das Gründungsgeschäft bei Körperschaften als Vertrag bzw. sozialrechtliche Einigung i.S. eines besonderen Organisationsvertrags angesehen. Nach dieser Auffassung gehören auch die körperschaftlichen Gründungsvereinbarungen zu den Verträgen und damit zu den Kartellen i.S. des § 1. Teilweise wird der Gründungsvorgang einer körperschaftlichen Verbindung jedoch als Gesamtakt aufgefaßt. Dieser Gesamtakt wird vom Vertrag als völlig wesensverschieden abgegrenzt. Wegen seiner besonderen rechtlichen Struktur - es werden die Erklärungen nicht gegenseitig ausgetauscht, sondern parallel nebeneinander abgegeben - sei der Gesamtakt nicht unter einen bestimmten Typ der Rechtsgeschäfte einzuordnen, sondern bilde eine eigene Rechtsgeschäftskategorie. Bei einer derartigen strengen rechtsbegrifflichen Abgrenzung des Vertragsbegriffes vom Begriff des Gesamtaktes würden daher die körperschaftlichen Gründungsakte nicht unter § 1

1) Nachweise über den Meinungsstand bei Soergel-Siebert, Vorbem. 34 vor § 21.

GWB fallen [1]. Es würde sich dann bei den Körperschaften nicht um Kartelle i.S. des GWB handeln, so daß die ihnen entspringenden Mitgliedschaften nicht der Kündigungsbestimmung des § 13 unterlägen.
Es mag dahingestellt bleiben, ob die Unterscheidung zwischen Verträgen und Gesamtakten überhaupt zutreffend ist [2]. Eine derartige Trennung mit den oben dargestellten Konsequenzen würde jedenfalls zu Ergebnissen führen, die in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht untragbar wären und dem Zweck des GWB, insbesondere der Verbotsbestimmung des § 1, völlig widersprächen : Läßt man nämlich die körperschaftlichen Verbindungen unter § 1 fallen, so könnte ein großer Teil der Kartelle nicht erfaßt werden. Die Vorschriften des GWB könnten daher durch die Wahl einer körperschaftlichen Struktur für die wettbewerbsbeschränkende Vereinigung umgangen werden. Damit würden jedoch gerade die Gesellschaftsformen kartellrechtlich sanktioniert, die auf Grund ihrer naturgemäß straffen Organisation eine besonders wirksame Beeinflussung des Wettbewerbs ermöglichen [3]. Schon aus praktischen Erwägungen verbietet sich daher auf wettbewerbsrechtlichem Gebiet eine formaljuristische Unterscheidung zwischen Gesamtakten und Verträgen. Die praktische Betrachtungsweise läßt sich jedoch auch konstruktiv rechtfertigen : Es ist davon auszugehen, daß das GWB in erster Linie bestimmte wirtschaftliche Erscheinungsformen bekämpfen will [4].

---

1) Daher schlägt Held, Rechtsformen zulässiger Kartelle, S. 32, statt der engen Fassung "Verträge" die weitere Formulierung "Rechtsgeschäfte" für § 1 GWB vor. Denn unter den Begriff des Rechtsgeschäfts fallen auch die Gesamtakte.

2) Westermann, Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 73.

3) Held, S. 21/25.

4) Westermann, a.a.O.

Nicht gegen den besonderen Typ des Rechtsgeschäfts richtet sich die Unwirksamkeitserklärung des § 1, sondern allgemein gegen rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zu wettbewerbsbeschränkendem Marktverhalten. Dabei sollen diejenigen Beschränkungen der freien Wettbewerbsentwicklung verhindert werden, die auf der Grundlage gesellschaftsrechtlicher Bindungen hervorgerufen werden. Denn gerade die dadurch bewirkte organisationsmäßige Zusammenfassung verschiedener Wettbewerbsträger sieht das Gesetz als primären Störungsfaktor des marktwirtschaftlichen Gleichgewichts an[1]. In diesem wirtschaftlichen Sinn kann und muß auch der juristische Kartellbegriff weit gefaßt werden, um die Vielgestaltigkeit dieser wirtschaftlichen Vorgänge zu erfassen [2]. Denn auch die Kartelle mit körperschaftlicher Struktur bzw. die sie begründenden Vereinbarungen - mag man sie nun als Verträge oder Gesamtakte auffassen - beruhen auf rechtsgeschäftlich bindenden Vorgängen; auch sie sind Zweckgemeinschaften im gesellschaftsrechtlichen Sinn. Auch die sogen. Gesamtakte werden daher als gesellschaftsbegründende Rechtsgeschäfte vom GWB erfaßt. Demnach sind Verträge i.S. des § 1 GWB nicht nur die Vereinbarungen, welche Gesellschaften im engeren Sinn zur Entstehung bringen. Auch die auf Gründung von Körperschaften gerichteten verbindlichen Abmachungen sind Verträge in diesem wettbewerbsrechtlichen Sinne. Es können folglich alle Gesellschaften im weiteren Sinn

---

1) Begründung zum Reg.Entwurf des GWB, Teil I,2, Teil C zu § 1 Ziff. 1 und 6; Westermann, a.a.O., S. 74.

2) Held, S. 32

Organisationsform der Kartelle sein [1]. Allein dieses gesellschaftliche Element erschöpft den Vertragsbegriff des § 1 GWB aber nicht. Denn das GWB verwendet den Rechtsbegriff "Vertrag" nicht zur Kennzeichnung einer bestimmten juristischen Organisationsform [2]. Der Kartellvertrag ist vielmehr in erster Linie die Zusammenfassung verschiedener Gesellschaftsformen unter einem besonderen wirtschaftlichen Tatbestand. Dieser Tatbestand -von Lukes "Reflexwirkung" genannt - bildet den kennzeichnenden Inhalt der gesellschaftsrechtlichen Zweckgemeinschaften. Er besteht in der objektiven Eignung der Kartellabsprachen zur Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs. Dabei braucht die Wettbewerbsbeschränkung als Mittel der Marktbeeinflussung nicht den gemeinsamen Zweck des Kartellzusammenschlusses zu bilden [3].

---

1) Die Zusammenfassung von Verträgen und Gesamtakten unter einen gemeinsamen Oberbegriff bedeutet keine Aufgabe des für § 1 als maßgeblich festgestellten Vertragsbegriffs: Ziel der bisherigen Untersuchung war es, den Verpflichtungscharakter der "Verträge zu einem gemeinsamen Zweck" nachzuweisen. Da auch die Gesamtakte für die Beteiligten im Hinblick auf die Beitrittserklärungen Verpflichtungen begründen, kann auch für sie an dem festgestellten Verpflichtungserfordernis festgehalten werden. Die Erweiterung des Vertragsbegriffes des GWB auf "rechtsgeschäftliche Verpflichtungen" bedeutet daher keine Bestätigung der Theorie von Lukes, der ja gerade das Verpflichtungserfordernis für die Wettbewerbsbindung verneint. Zur Kennzeichnung des Verpflichtungscharakters des Kartellvertrages ist daher eine Trennung von Gesamtakten und Verträgen nicht erforderlich. (siehe auch Held, S. 32; Isay-Tschierschky § 1 Anm. 8; Baumbach-Hefermehl § 1 GWB Anm. 28.

2) Held, S. 32.

3) Nachweise über den Meinungsstand bei Langen § 1 Anm. 3o

Der Gesetzgeber wollte auch insoweit darauf verzichten, den Kartelltatbestand von der subjektiven Einstellung der Beteiligten - etwa Absicht oder Kenntnis der Wettbewerbsbeschränkung - abhängig zu machen. Zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten und zur möglichst umfassenden Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verträge sollte die objektive Eignung der Absprache zur Wettbewerbsbeschränkung entscheidend sein [1]. Das wird durch den Wortlaut des § 1 GWB bestätigt, nach dem das Merkmal des gemeinsamen Zweckes selbständig neben dem der Wettbewerbsbeschränkung steht [2]. Der Kartelltatbestand kann daher auch von einem gesellschaftlichen Zusammenschluß erfüllt werden, mit dem die Beteiligten einen wettbewerbsneutralen gemeinsamen Zweck verfolgen. Andererseits reicht es aber nicht aus, daß ein Gesellschaftsvertrag nur in seinen Auswirkungen wettbewerbsbeschränkend ist [3].

Die von § 1 GWB angeordnete zivilrechtliche Unwirksamkeit kann sich nur auf vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen beziehen. Daher muß die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen. Das ist aber nur dann der Fall, wenn sich die Beteiligten unmittelbar durch den Vertrag bezüglich ihrer Wettbewerbshandlungen binden [4]. Die Voraussetzungen des § 1 GWB sind daher erst erfüllt, wenn Verpflichtungen zu einem bestimmten Marktverhalten begründet werden, das in seinen Auswirkungen den Wettbewerb unter den Vertragspartnern beschränken kann.

---

1) Begründung z.Reg.Entwurf des GWB Teil C zu § 1 Ziff. 3 e.
2) Langen § 1 Anm. 3o; Baumbach-Hefermehl § 1 GWB Anm. 17.
3) So die sog. "Folgetheorie", vergl.Mestmäcker "zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen" in Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Bd. 7, S. 5 ff. (16/21); Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1967, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache V/2841, S. 17/18; Lukes S. 131/132.
4) Westermann, Genossenschaft und Kartellgesetzentwurf, S. 73

In Gestalt dieser typischen Kartellpflichten muß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt der gesellschaftsrechtlichen Bindung der Beteiligten sein [1]. Durch diesen Verpflichtungsinhalt des Gesellschaftsvertrages normiert das GWB den wirtschaftlichen Tatbestand der Wettbewerbsbeeinflussung insoweit als eigenständigen Begriff, als es in ihm das verbindende Merkmal der verschiedenartigen Organisationsformen sieht. Erst durch diese Klammer der Kartellbindung werden die auf Errichtung der verschiedenen Gesellschaftstypen zielenden Rechtsgeschäfte vom GWB erfaßt und zum Kartellvertrag i.S. des § 1 GWB gestaltet [2]. Die Kartellbindung bildet daher nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht, sondern auch rechtlich den Kern der Kartellorganisation.

---

1) Sog. "Gegenstandstheorie", Baumbach-Hefermehl § 1 GWB Anm. 28; Frankfurter Komm. § 1 Tz 26; Müller-Gries § 1 Anm. 79; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (Ausschußbericht Kurlbaum) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 3644, zu § 1 GWB Abs. 1o; vergl. auch Fikenscher, "Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkungen" in WuW 196o, S. 68o ff. (681). Es ist Mestmäcker, a.a.O., und Lukes, S. 13o, zuzugeben, daß der Kartellbegriff der Folgetheorie eine größere Ausdehnung der Verbots- und Kontrollwirkung des GWB ermöglichen würde als der Kartellbegriff der Gegenstandstheorie. Stellt man aber nur auf die möglichen Wirkungen der einzelnen Absprache ab, so wäre jeder unternehmerische Gesellschaftszusammenschluß von der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB bedroht, auch wenn er keine Wettbewerbsbindungen enthält. Dieser Unsicherheitsfaktor widerspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers, der für die Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer Vereinbarung an das Kriterium der rechtlichen Bindung anknüpfen wollte (Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1967, a.a.O., S. 17/18). Für die Beurteilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Vertrages nach § 1 GWB und damit für den Kartelltatbestand selbst muß daher der Inhalt des Vertrages maßgeblich sein. Baumbach-Hefermehl § 1 GWB Anm. 28.

2) Held, S. 32.

Da der Gesetzgeber als äußere Form der Verträge in § 1 GWB nur eine gesellschaftsrechtliche Gestaltung anerkennt, entsteht das Kartell selbst erst durch die rechtliche Verknüpfung von Kartellbindung und gesellschaftlichem Zusammenschluß.
Bei dieser Feststellung kann jedoch die Analyse der Verträge des § 1 GWB nicht stehenbleiben. Die vorliegende Untersuchung geht von der Überlegung aus, daß der Rechtscharakter eines Kündigungsrechts wegen seiner engen Beziehung zu einem bestimmten Rechtsverhältnis von dessen Rechtsnatur geprägt wird. Daraus war zu folgern, daß die Begriffsbestimmung einer Kündigungsvorschrift zunächst die Analyse des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses voraussetzt. Insofern ist einerseits bisher festgestellt, daß die Verträge, auf die sich die Vorschrift des § 13 GWB bezieht, aus zwei rechtlichen Elementen zusammengesetzt sind : Einmal aus dem kartellrechtlichen Element, der Kartellbindung im engeren Sinn, zum anderen aus dem gesellschaftsrechtlichen Element, einer Gesellschaftsbindung in beliebiger gesetzlicher Erscheinungsform. Andererseits ist aber das Kündigungsrecht des § 13 GWB nicht aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen, sondern aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten gegeben worden. Denn während § 1 GWB die Kartellbindung wegen der gesellschaftsrechtlichen Bindung der ihr Unterworfenen verhindern soll, richtet sich die Kartellkündigung gegen eine unerträgliche Bindung der Kartellmitglieder durch die Kartellpflichten selbst. § 13 GWB unterwirft demnach die Verträge zu einem gemeinsamen Zweck der §§ 2 ff wegen des in ihnen enthaltenen Kartelltatbestandes einer Kündbarkeit [1].
Die Frage nach der Einordnung dieser kartellrechtlichen Kündigungsbestimmung in das System gesellschaftsrecht-

---

1) Schlauske, Die rechtliche Natur der Kartellbindung, Diss. S. 35.

licher Lösungsmöglichkeiten verlangt daher eine Untersuchung darüber, wie die Verbindung von kartellrechtlichem und gesellschaftsrechtlichem Element innerhalb dieser Verträge gestaltet ist. Art und Umfang dieser Verknüpfung sind maßgeblich für die Rechtsnatur des Kündigungsrechts.

Ein Teil der Literatur zur KVO und das Kartellgericht sahen die Kartellbindung als einen von dem jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag rechtlich unabhängigen Vertrag an [1]. Aus der Gesamtvereinbarung der Kartellbeteiligten, insbesondere aus der äußeren Rechtsform wurde die typische Kartellbindung als rechtlich selbständige Einheit herausgelöst; nur sie wurde als Kartellvertrag aufgefaßt. Der die äußere Rechtsform begründende Organisationsvertrag wurde lediglich als Hilfsmittel des Kartellvertrages, als ihm untergeordnet, angesehen [2]. Die Verbindung zwischen beiden Verträgen sahen Literatur und Kartellgericht in einer bloß wirtschaftlichen Wechselwirkung, welche die kartellrechtliche Bindung als Geschäftsgrundlage für die gesellschaftliche Organisation erscheinen ließ. Diese Trennung von Gesellschafts- und Kartellvertrag hatte zur Folge, daß die Kündigungsbestimmung des § 8 KVO nur auf die Kartellbindung als selbständiges Rechtsverhältnis bezogen wurde. Durch die Kündigung wurde

---

1) Kartellgericht vom 3.3.1924 - zitiert bei Tiemann, S. 5/6; Hauf, die Kündigung von Kartellen, Dissertation, S. 13; Lucas, "Kartellvertrag und Kartellorganisation" in: Kartell-Rundschau 1927, S. 2o; Kaufmann, "Verkaufssyndikate in Form der GmbH" in Sächs.Archiv 1912, S. 419 f., Roth "Das individualistische und das kollektivistische Organisationsprinzip, in Leipziger Zeitschrift 1912, S. 272; Meinungsstand zur KVO s. Schlauske, S. 26 f. Für das GWB: Lukes, S. 264/294; Funke "Begriff des Kartell", Dissertation, S. 72

2) Hauf, a.a.O., S. 75

nach dieser Ansicht nur die Kartellbindung als solche aufgehoben, während der Gesellschaftsvertrag, also die organisatorische Bindung zunächst unberührt blieb [1]. Zu dieser Auffassung gelangten Kartellgericht und Literatur [2], allerdings weniger aus der rechtlichen Notwendigkeit einer besonderen Rechtsnatur der Kartellbindung. Es handelte sich vielmehr um eine Notkonstruktion, welche die Schwierigkeiten überwinden sollte, die mit der Anwendung einer einheitlichen Kündigungsbestimmung auf die verschiedenen Gesellschaftsformen verbunden sind[3]. In der Entscheidung vom 7.1.1924 (Kartellgerichtsentsch. 1) hatte das Kartellgericht Kartelle jeder Rechtsform der KVO und damit besonders der Kündigungsbestimmung des § 8 unterstellt [4]. Diese Entscheidung war von der Literatur teilweise so aufgefaßt worden, als ob das Kartellgericht das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde auch auf die gesellschaftsrechtliche Bindung der Beteiligten bezogen hätte, ohne dabei zwischen den verschiedenen Organisationsformen zu unterscheiden [5]. Da nun das Kartellgericht in der erwähnten Entscheidung das Kündigungsrecht des § 8 KVO ausdrücklich auch bei Kartellen in Form der GmbH anerkannt hatte, andererseits dem Recht der GmbH ein derartiges Kündigungsrecht fremd ist, wurde an der mit dem Rechtscharakter der GmbH angeblich unvereinbaren Kündigungsregelung Kritik erhoben. Um nun diese dogmatischen Bedenken zu beseitigen, und dennoch die Anwendung der KVO auch auf Kartelle der Organisationsformen zu rechtfertigen, auf die das Kündigungsrecht der KVO nicht zugeschnitten war, beschränk-

---

1) Kartellgericht vom 3.3.1924, a.a.O.
2) Weitere Nachweise über die Ansicht der Literatur bei Tiemann, S.7 Fußnote 14; Isay-Tschierschky, Einleitung, S. 111, Anm. 19
3) Schlauske, a.a.O., S. 27.
4) zitiert bei Hauf, a.a.O., S. 12.
5) Curtius, Anm. zur Entscheidung d.Kartellgerichts in JW 1924, S. 235.

te das Kartellgericht die Anwendbarkeit der KVO und damit auch der Kündigungsbestimmung auf den nicht gesellschaftsrechtlichen Teil der Verträge, auf die Kartellbindung. Konstruktiv ließ sich diese Beschränkung aber nur dadurch rechtfertigen, daß der Kartellvertrag von der jeweiligen Organisationsabsprache getrennt und als rechtlich selbständiges Vertragsverhältnis innerhalb der Gesamtabmachung aufgefaßt wurde. Teilweise wurde die Kartellbindung auch deshalb als selbständig kündbarer Vertrag aus der Gesellschaftsorganisation herausgelöst, weil die Gesellschaftsorganisationen in Form juristischer Personen selbst keine Verträge darstellten und somit auch nicht der kartellrechtlichen Kündigungsbestimmung unterliegen könnten [1].

Schon der Ausgangspunkt dieser Konstruktion der Trennung ist jedoch dogmatisch falsch [2]: Die dargestellte Ansicht geht nämlich bei der Beurteilung des Rechtscharakters des Kartellverhältnisses von den Problemen aus, die sich aus der Anwendung der Kündigungsbestimmung auf dieses Rechtsverhältnis ergeben können. Sie analysiert daher den Kartellvertrag nicht aus sich selbst heraus, sondern paßt seine Rechtsnatur allein den Anforderungen der Kündigung an. Diese Methode der Auslegung ist deshalb falsch, weil sie das Abhängigkeitsverhältnis von Kündigung und kündbarem Rechtsverhältnis umkehrt. Denn wie schon erwähnt, ist das Kündigungsrecht als unselbständiges Gestaltungsrecht stets einem bestimmten Rechtsverhältnis zugeordnet und von diesem abhängig. Eine Kündigungsbestimmung kann daher nicht den Rechtscharakter des betreffenden Rechtsverhältnisses beeinflussen oder gar erst festlegen.

---

1) Curtius in JW 1924, S. 235/236.
2) Darüberhinaus besteht für eine derartige Trennung auch insofern kein Bedürfnis mehr, als Rechtsprechung und Lehre - wenigstens unter gewissen Voraussetzungen -auch bei der GmbH ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bejahen.

Vielmehr wird umgekehrt jede Kündigung durch das zugrundeliegende Rechtsverhältnis gestaltet und in Voraussetzungen und Folgen bestimmt. Der oben dargestellten Ansicht sei zugegeben, daß die Anwendung einer Kündigungsvorschrift auf ein Rechtsverhältnis, dem dieKündigung als Lösungsmöglichkeit nach seiner Konzeption fremd ist, konstruktive Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Die Überwindung dieser Schwierigkeiten durch die sinnvolle Auslegung der betreffenden Kündigungsbestimmung, nicht des Rechtsverhältnisses, ist jedoch gerade Aufgabe der Rechtslehre. Keinesfalls läßt sich diese Aufgabe aber dadurch lösen, daß man das Rechtsverhältnis den Anforderungen der Kündigung anpaßt und damit die rechtliche Problematik umgeht.

Aber nicht nur der Ausgangspunkt der Trennung von Kartellorganisation und Kartellbindung, sondern auch die Konstruktion selbst ist rechtlich nicht haltbar: Die Kartellbindung wird als rechtlich selbständiges Vertragsverhältnis innerhalb der äußeren Gesellschaftsform dargestellt. Dabei wird dieser "eigentliche Kartellvertrag" seiner Rechtsnatur nach als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft [1], sogen. Nebenleistungsgesellschaft, bzw. als reines Schuldverhältnis [2], Vertrag sui generis, angesehen. BGB-Gesellschaft innerhalb der Kartellorganisation kann der Kartellvertrag jedoch nicht sein: Bei einer solchen Konstruktion müßte nämlich ein Kartell notwendigerweise immer aus zwei verschiedenen Gesellschaften bestehen. Andererseits wird auch von den Vertretern der "Trennungstheorie" zugegeben, daß trotz der rechtlichen Eigenständigkeit von Kartellvertrag und Gesellschaftsorganisation eine gegenseitige Abhängigkeit und enge Verflechtung zwischen beiden besteht. Trotz

---

1) Roth in LZ 1912, S. 272
2) Stroinsky, "Ist der Kartellvertrag durch die KVO zu einem Vertrag eigener Art geworden ?" Dissertation, S. 61.

der juristischen Trennung wird das Kartell als "einheitlicher Organismus" angesehen [1]. Dieser Organismus und besonders die ihn nach außen verkörpernde Gesellschaft soll dabei allein durch den Kartellvertrag bestimmt werden; erst die Kartellbindung soll dem Gesellschaftsvertrag Inhalt und Zweckrichtung verleihen. Damit wird jedoch das formell von der Gesellschaftsbindung losgelöste Kartellverhältnis materiell Inhalt des Gesellschaftsvertrages selbst; er wird in Wahrheit als gesellschaftsrechtliches Nebenleistungsverhältnis angesehen. Dieser Widerspruch von formeller Trennung und materieller Einheit wird besonders da deutlich, wo der Organisationsvertrag formbedürftig ist : Unter ein solches Formerfordernis fallen nicht nur die organisatorischen Teile des Vertrages; vielmehr werden alle für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages wesentlichen Vereinbarungen davon erfaßt. Zu diesen Vereinbarungen gehören aber auch Nebenleistungspflichten, also auch die Kartellbindung. Wenn man nun die Kartellbindung als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ansieht, so müßte diese zu ihrer Wirksamkeit in einem solchen Fall ebenfalls in der für den Organisationsvertrag vorgeschriebenen Form errichtet werden. Die Kartellbindung müßte sogar in den eigentlichen Organisationsvertrag aufgenommen werden. Damit würde man jedoch gegen die gesetzliche Regelung des § 705 BGB verstoßen, wonach der Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrages formlos gültig ist [2]. Daher verstößt die Konstruktion einer selbständigen BGB-Gesellschaft innerhalb eines formbedürftigen Organisationsvertrages in jedem Fall gegen gesetzliche Vorschriften. Der Zerlegung des einheitlichen Kartellorganismusses in zwei rechtlich unabhängige Gesell-

---

1) Hauf, S. 74; Kaufmann in Sächs.Archiv 1912, S.414/415, "Lucas, "Kartell und GmbH" in DJZ, S. 428
2) Schlauske, Diss., S. 29

schaften stehen also sowohl materielle Bedenken als auch konstruktive Hindernisse entgegen.

Aber auch als selbständiger schuldrechtlicher Vertrag kann die Kartellbindung nicht aufgefaßt werden : Das Kartellgericht, das den Kartellvertrag als Vertrag sui generis ansah (JW 1927, S. 3029), hat wiederholt ausgesprochen, daß der Kartellvertrag eine Treuepflicht erzeuge, in deren Erfüllung der Einzelne dem allgemeinen Interesse der Verbandsteilnehmer vor seinen eigenen Belangen den Vorrang geben müsse [1]. Ein bloßes Schuldverhältnis vermag aber eine derartige Treuepflicht nicht zu begründen. Zwar kann der Gedanke von Treu und Glauben, der jeder schuldrechtlichen Bindung innewohnt, auch bei einem gewöhnlichen Schuldverhältnis je nach Art und Umfang der gegenseitigen Verpflichtungen besonders stark ausgeprägt sein. Der vom Kartellgericht umschriebene Inhalt der Treuepflicht geht aber weit über das hinaus, was Treu und Glauben auch bei intensiver schuldrechtlicher Bindung verlangen. Denn das gewöhnliche Schuldverhältnis ist durch den Interessengegensatz zwischen den Beteiligten gekennzeichnet; es soll dem Ausgleich dieser gegensätzlichen Interessen dienen [2]. Treu und Glauben können hier zwar wohl eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die besonderen Belange des Vertragsgegners begründen. Es würde aber dem vom Schuldrecht gewollten Interessenausgleich widersprechen, wenn ein Schuldverhältnis die Beteiligten verpflichten soll, den Belangen des Vertragsgegners vor den eigenen den Vorzug zu geben. Eine solche Verpflichtung kann nur im Rahmen von Rechtsverhältnissen anerkannt werden, bei denen der Gemeinschaftsgedanke und

---

1) Kartellgericht, zit. bei Callmann, "Das deutsche Kartellrecht", S. 556.
2) Erman-Sirp, § 241, Anm. 4; Enneccerus-Lehmann, S.6 und 19.

die personenrechtliche Beziehung zwischen den Vertragspartnern in den Vordergrund treten [1]. Damit wird aber der Bereich der gewöhnlichen schuldrechtlichen Bindung verlassen. Will man daher für die Kartellbindung eine Treuepflicht im obengenannten Sinne bejahen, dann kann man diese Bindung nicht gleichzeitig als bloßes, vom jeweiligen Gesellschaftsverhältnis losgelöstes Schuldverhältnis ansehen.

Ein weiterer Gesichtspunkt spricht dagegen, die Kartellbindung i.e. Sinn als selbständiges, schuldrechtliches Verhältnis aufzufassen:
Bestehende Kartellpflichten können durch Beschluß abgeändert werden. Das ergibt sich aus der Fassung des § 1 GWB - "Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen" - , die sich nicht nur auf Beschlüsse von bisher wettbewerbsneutralen Vereinigungen bezieht, sondern auch auf wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse solcher Organisationen, die bereits Kartellzwecke verfolgen [2]. Bei diesen letztgenannten Organisationen hat jeder Beschluß mit dem in § 1 GWB bezeichneten Inhalt zugleich eine Änderung der schon bestehenden Kartellbindung zur Folge, selbst wenn er nach seinem unmittelbaren Zweck allein auf die Begründung neuer Kartellpflichten gerichtet ist. Eine solche Abänderung der Kartellbindung durch Beschluß wäre aber nicht wirksam, wenn die Kartellbindung ein rein schuldrechtlicher Vertrag wäre. Denn zur rechtsgeschäftlichen Änderung des Schuldinhalts eines Vertrages bedarf es nach § 3o5 BGB grundsätzlich des Abschlusses eines Vertrages zwischen den Beteiligten [3].

---

1) Hueck, "Der Treuegedanke im modernen Privatrecht" in Sitzungsberichte der bayerischen Akademie der Wissenschaften, S. 12 u. 18; Larenz, Schuldrecht I.Bd., S. 1o8, Anm. 1, Soergel-Siebert, § 242, Bem. 7
2) Begründung z.Reg.Entwurf d. GWB. Teil C, Anm. 2 zu § 1; Held, S. 26/27.
3) BGB - RGRK - Wilde, § 3o5, Anm. 3; Staudinger - Kaduck § 3o5, Anm. 24; Palandt-Dankelmann § 3o5 Anm.2

Nun könnte man zwar bei einstimmig gefaßten Beschlüssen die einzelnen Abstimmungserklärungen als übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten ansehen; man käme auf diese Weise zu einer vertraglichen Abänderung des Kartellverhältnisses, die sich lediglich ihrer äußeren Gestalt nach in Form der Beschlußfassung vollzieht[1]. Gegen eine solche Auslegung des Kartellbeschlusses spricht aber, daß beim Vertragsschluß die Willenserklärungen mit Beziehung zueinander abgegeben, also gegenseitig ausgetauscht werden müssen; dagegen werden bei Beschlüssen, auch wenn sie einstimmig gefaßt werden, die einzelnen Erklärungen der Abstimmenden unabhängig voneinander gegenüber der Vereinigung abgegeben [2]. Von diesem dogmatischen Unterschied zwischen Vertrag und Beschluß abgesehen, versagt eine solche Auslegungsmöglichkeit vor allem bei den Kartellen, bei denen Gesetz oder Satzung Mehrheitsbeschlüsse gestatten. In diesem Fall muß zwischen den Beteiligten eine organisatorische Bindung bestehen, die auch für den Bereich der Kartellpflichten die Minderheit dem Mehrheitswillen unterwirft, wenn die Änderung der Kartellbindung durch Beschluß wirksam sein soll [3]. Eine solche Machtlage kann aber nicht durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag begründet werden; sie kann nur durch eine sozialrechtliche Bindung entstehen, die den Einzelnen von vornherein dem Gesamtwillen unterwirft. Diese sonderrechtliche Bindung kann rechtsgeschäftlich nur durch einen gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluß hervorgerufen werden. Zwar unterliegen die Kartellmitglieder durch ihren Bei-

---

1) Frankf.Komm., Einl. C Tz 133.
2) Bartholomeyczik, "Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft" in ZHR, 1938, S. 293 ff. (S. 328); Würdinger, Akt.R. S. 144; ders., Gesellschaften Teil I, S. 56; Müller-Erzbach, "Das Private Recht der Mitgliedschaft", S. 153.
3) Würdinger, Gesellschaften Teil I, S.56; Müller-Erzbach, S.149; Tiemann, Diss. S. 13

tritt zur Kartellgesellschaft bereits generell der Bindung von Mehrheitsbeschlüssen, sofern solche Beschlüsse nach dem betreffenden Organisationsrecht überhaupt zulässig sind. Die Tragweite dieser Beschlüsse wird aber begrenzt durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, weil ein Beschluß die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung gestalten kann [1]. Klammert man die Kartellbindung als selbständigen, schuldrechtlichen Vertrag aus der gesellschaftsrechtlichen Bindung unter den Kartellbeteiligten aus, so ist hinsichtlich der Kartellbindung eine Machtlage für Mehrheitsbeschlüsse nicht gegeben. Dann wäre aber eine Abänderung von Kartellpflichten gegen den Willen einzelner Kartellmitglieder durch Mehrheitsbeschluß nicht wirksam. Da aber § 1 GWB eine solche Änderung durch Beschluß, damit auch durch Mehrheitsbeschluß, zuläßt, kann die Kartellbindung auch aus diesem Grund kein selbständiges Schuldverhältnis sein, sondern muß zum Sozialrechtskreis einer gesellschaftsrechtlichen Bindung gehören.

Wenn nun andererseits die Existenz einer besonderen Gesellschaft innerhalb der Gesamtorganisation abzulehnen ist, muß auch die Kartellbindung selbst Bestandteil des Sozialrechtskreises der Kartellorganisation sein. Das bedeutet, daß das Kartellverhältnis integrierender Teil der Kartellgesellschaft sein muß. Die Kartellbindung des einzelnen Mitglieds beruht daher nicht auf einem rechtlich unabhängigen Rechtsverhältnis; sie hat vielmehr ihre Grundlagen unmittelbar in der Mitgliedschaft in der Kartellgesellschaft selbst.

---

1) Lukes, S. 75

Zwar zeigt die Kartellbindung insoweit auch schuldrechtliche Elemente, als sie unmittelbar Rechte und Pflichten begründet, bei denen Kartell und Einzelmitglieder sich gleichgeordnet gegenüberstehen [1]. Das bedeutet jedoch keinen Widerspruch zu dem oben aufgezeigten sozialrechtlichen Element der Kartellbindung. Denn die Mitgliedschaft ist kein festumrissenes Rechtsverhältnis mit gesetzlich genau typisiertem Inhalt. Mit ihr können sich beliebige, auch nicht gesellschaftsrechtliche Tatbestände verbinden, ohne daß sie dadurch ihren sozialrechtlichen Charakter verliert. Das folgt einmal aus der Verschiedenartigkeit der einzelnen Gesellschaftstypen; es ergibt sich ferner aus der Möglichkeit einer unterschiedlichen Zweckverfolgung und der damit verbundenen Notwendigkeit einer verschiedenartigen Gestaltung der Mitgliedschaft innerhalb derselben Gesellschaftsrechtsform. Die Mitgliedschaft ist daher geeignet, auch Rechte und Pflichten zu begründen, die, für sich allein betrachtet, rein schuldrechtlichen Charakter zeigen [2].

---

1) z.B. bei einem Verkaufskartell die Abnahme - und Zahlungspflichten der Gesellschaft.

2) Diese Spannung zwischen Schuldrecht und Sozialrecht wird besonders deutlich bei der BGB-Gesellschaft : Zwar ist die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ein Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern. Sie ist aber zugleich gekennzeichnet durch das über den rein schuldrechtlichen Bereich hinausgehende Element der personenrechtlichen Zweckgemeinschaft. Durch dieses "verbandsrechtliche Moment" wird die Gesellschaft aus dem Bereich des Schuldrechts in den des Sozialrechts überführt (Larenz, Bd. II S. 24o).

Infolge der Zuordnung zur sozialrechtlichen Mitgliedschaft verlieren sie jedoch ihre Selbständigkeit; sie geben damit auch ihren schuldrechtlichen Charakter auf und folgen von Anfang an dem sozialrechtlichen Grundsatz der Über - Unterordnung [1]. Demnach sind auch die äußerlich schuldrechtlichen Elemente des Kartellrechtsverhältnisses Bestandteil der Mitgliedschaft in der Kartellorganisation und somit ebenfalls innerlich dem Sozialrecht eingegliedert [2].

Unabhängig davon, ob die Kartellbindung als Gesellschaftsverhältnis oder Vertrag sui generis angesehen wird, verstößt die Trennung des Kartellbestandes von der Kartellgesellschaft in jedem Fall gegen ein unabdingbares gesellschaftsrechtliches Organisationsprinzip; Grundlage jedes korporativen Zusammenschlusses ist die Bestimmung eines gemeinsamen Zweckes, der direkt oder indirekt von der Gesellschaft erreicht werden soll. Dieser gemeinsame Zweck bildet den eigentlichen Verpflichtungsgrund der gesellschaftlichen Bindung, auf ihn baut sich die Mitgliedschaft mit ihren sämtlichen Rechten und Pflichten auf [3]. Daher muß auch der Gesellschaftszweck statuarisch, d.h. im Gesellschaftsvertrag, festgelegt werden bzw. sich unmittelbar aus dem Vertrag selbst ergeben. Das Erfordernis einer derartigen Zweckbestimmung gilt für jede Form eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses,

---

1) Orel, "Die Nebenleistungen bei der eingetr.Genossenschaft", S. 67; Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 61; der Vorrang des Sozialrechts innerhalb der Gesellschaft zeigt sich vor allem daran, daß auch bereits bestehende "schuldrechtliche" Rechte und Pflichten gegen den Willen des einzelnen durch Mehrheitsbeschluß geändert oder aufgehoben werden können.
2) Schmitz, Dissertation, S. 4o
3) Roth in LZ 1912, Sp. 266.

für Personalgesellschaften in gleicher Weise wie für Kapitalvereinigungen. Auch bei den Kartellgesellschaften muß folglich ein gemeinsamer Zweck statuiert sein. Nun wird auch von den Vertretern der Trennungstheorie zugegeben, daß der Zweck der Kartellorganisation in erster Linie durch die Kartellbindung bestimmt wird. Allein die Kartellbindung sei die Causa für die Zugehörigkeit zur Gesellschaftsorganisation des Kartells. Wenn man aber bei einer solchen entscheidenden Funktion die Kartellbindung aus dem Gesellschaftsverhältnis herauslöst, dann entzieht man damit der Kartellgesellschaft zugleich die Grundlage. Denn der gemeinsame Zweck der Organisation ist dann nicht im Gesellschaftsstatut festgelegt; es ist demzufolge kein Gesellschaftszweck bestimmt. Ein Zusammenschluß ohne die Basis eines gemeinsamen Zweckes ist aber keine Gesellschaft. [1)]

Neben diesen dogmatischen Gesichtspunkten sprechen auch erhebliche praktische Erwägungen gegen eine Trennung von Kartellbindungen und Kartellorganisation : Die Trennung von Kartellvertrag und Gesellschaftsverhältnis hat nämlich erhebliche konstruktive Schwierigkeiten und rechtliche Unklarheiten bei der Abgrenzung der beiden Rechtsverhältnisse zur Folge. Einmal wird es in vielen Fällen wegen der intensiven wirtschaftlichen Verknüpfung von Kartellbindung und Organisation kaum möglich sein, innerhalb der Gesamtabsprache zwischen reiner Kartellvereinbarung und reinem Organisationsvertrag zu trennen [2)].

---

1) Fischer in Ehrenbergs Handbuch III, 1, S. 377/378. Die allgemeine Bestimmung, die Kartellorganisation solle der Durchführung der Kartellaufgaben dienen, reicht zur Festlegung des Gesellschaftszweckes nicht aus. Denn auch bei einer derartigen Zielsetzung bleibt der Gesellschaftszweck in Wahrheit mit dem Kartellzweck identisch, welcher jedoch nach der Trennungstheorie gerade nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt ist.

2) Isay-Tschierschky, Einleitung, S. 112, Anm. 29.

Besonders deutlich wird dies bei Absprachen, die sich sowohl auf die Kartellpflichten als auch auf die gesellschaftliche Bindung beziehen können und häufig sowohl der Erreichung des Kartellzweckes als auch der Durchführung der Organisation dienen sollen.

Insbesondere aber widerspricht es der natürlichen Betrachtungsweise, die äußerlich einheitliche Gesamtabrede der Beteiligten als zwei rechtlich völlig verschiedene Vereinbarungen anzusehen. Gerade die Vertragspartner, auf deren Willen bei der Analyse ihrer Rechtsbeziehungen ja maßgeblich abzustellen ist, werden ihre Absprache als einheitliches Ganzes auffassen. Denn bei der Errichtung eines Kartells spielen in erster Linie wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle. Die Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes, der Marktbeeinflussung oder -beherrschung, setzt aber eine Organisation unter den Kartellbeteiligten voraus. Erst durch eine solche gesellschaftsrechtliche Bindung entsteht eine rechtliche Machtlage über die Kartellmitglieder, aufgrund derer die abstrakten Kartellpflichten unmittelbar in die wirtschaftliche Wirklichkeit umgesetzt werden können. Allein die Verknüpfung mit einer gesellschaftlichen Organisation verleiht der Kartellbindung eine faktische Macht, durch die eine über den Kreis der rechtlich gebundenen Mitglieder hinausgehende Beherrschung des Marktgeschehens erreicht werden kann [1]. Die Kartellbindung kann daher ohne eine entsprechende Organisation zumindest wirtschaftlich nicht existieren. Andererseits wäre aber auch die gesellschaftliche Organisation ohne die Eingliederung der Kartellbindung ein zweckneutrales und inhaltloses Gebilde. Weder die

---

1) Schlauske, Diss., S. 31/32.

Kartellbindung noch die Rechtsform für sich haben also für die Beteiligten eine selbständige Bedeutung [1]. Wenn man aber - wie auch die Vertreter der "Trennungstheorie" - diese wirtschaftliche Wechselwirkung und Einheit anerkennt, dann kann man konsequenterweise nicht zugleich einen rechtlichen Zusammenhang leugnen [2]. Demnach müssen Kartellbindung und Kartellorganisation auch rechtlich als untrennbare Einheit angesehen werden [3].

Der Kartellvertrag ist somit ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag, der gekennzeichnet ist durch den kartellrechtlichen Tatbestand seiner Bindungen. Dieser kartellrechtliche Charakter der Gesellschaftsorganisation entsteht dadurch, daß der gemeinsame Zweck, Wesensmerkmal jeder gesellschaftlichen Verbindung, in der Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Gesellschaftern besteht und der Zusammenschluß dadurch geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen [4].

---

1) Kisselstein, "Die Kündigung der Kartell-GmbH" in Kartell-Rundschau 1928, S. 275

2) Mit dieser Begründung bejahen Kisselstein, a.a.O. und Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 61, die rechtliche Einheit von Kartellbindung und -organisation. Aus der entsprechenden Anwendung des Grundgedankens des § 139 BGB folgern sie, daß Kartell- und Gesellschaftstatbestand eine Einheit bilden müssen, weil sie auch nach der Auffassung der Beteiligten nur einheitlich vorstellbar seien.

3) RGZ 73/ 429 (433); 108/110 (22); Hachenburg, Kommentar, z. GmbHG, Exkurs zu § 3, Anm. 9; Schlauske, Diss., S. 32; Geiler in Düringer-Hachenburg, II, 2, Anhang B, Anm. 378; Isay-Tschierschky, Einleitung, Anm. 29; Dilthey "Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen", S. 35 m.w.N. Müller-Erzbach, a.a.O., S. 322-323.

4) Müller-Henneberg, Vorbem. 1 zu § 1; Anm. 16 zu § 1.

2. Der Kartellbeschluß

Die Kündigungsbestimmung des § 13 GWB bezieht sich neben Verträgen auch auf Kartellbeschlüsse, soweit sie das Gesetz nach den §§ 2-8 GWB als wirksam ansieht. Für die Beurteilung des Kündigungsrechts ist daher auch die Rechtsnatur dieser Beschlüsse maßgebend.
Wenn auch das GWB nur die Beschlüsse der in §§ 2-8 bezeichneten Art der Kündigung unterwirft, so muß doch hinsichtlich deren Rechtscharakters ebenfalls von der Definition des § 1 GWB ausgegangen werden. Denn ebenso wie für die Verträge stellen die §§ 2-8 GWB auch für die Kartellbeschlüsse zwar eine Ausnahme vom Verbotsprinzip des § 1 dar; diese Ausnahme bestätigt aber, daß auch die vom Gesetz als wirksam zugelassenen Kartellbeschlüsse in ihrer Rechtsnatur den unwirksamen Beschlüssen des § 1 entsprechen.
Wie die Verträge gehören auch die in § 1 bezeichneten Beschlüsse zu den Rechtsgeschäften. Sie unterscheiden sich jedoch von den Verträgen durch ihre völlig andersartige Struktur [1]: Während die Rechtswirkungen eines Vertrages durch Austausch übereinstimmender Willenserklärungen aller Beteiligten hervorgerufen werden, entstehen die Rechtswirkungen eines Beschlusses durch Vereinigung von nebeneinander abgegebenen Erklärungen zu einer Kollektivwillensentäußerung [2]. Verträge binden nur die am Vertragsschluß selbst positiv Mitwirkenden, Beschlüsse hingegen auch diejenigen, die gegen sie gestimmt oder an der Beschlußfassung nicht teilgenommen haben [3]. Diese verbindliche Kraft des Mehrheitswillens findet ihre Grundlage nicht in den im Beschluß selbst enthaltenen Willenserklärungen der Beteiligten;

---

1) Enneccerus-Nipperdey, S.911; Bartholomeyczik in ZHR 1938, S. 300
2) Würdinger, a.a.O., S.56; Enneccerus-Nipperdey, S. 674; Tiemann, S. 13
3) Schmitz, Diss., S.12; Tiemann, a.a.O.; v.Tuhr, Allg. Teil, I, S.514; Lehmann, Allg.Teil, S.141.

sie beruht vielmehr darauf, daß alle dem Beschluß unterworfenen Personen bereits vorher hinsichtlich der Beschlußfassung gebunden sind [1]. Jeder Beschluß setzt demnach eine Machtlage voraus, die den Kollektivwillen rechtlich trägt. Diese Machtlage kann sich nun unmittelbar aus dem Gesetz ergeben [2]; sie kann aber auch erst Ausfluß einer durch Rechtsgeschäft begründeten Organisation sein, die den einzelnen in einen Sozialrechtskreis einbezieht und ihn damit dem Mehrheitswillen der Gemeinschaft unterordnet. Als Grundlage der Kartellbeschlüsse kommt nach dem Willen des Gesetzgebers nur eine vertraglich begründete Organisation in Betracht, welche die Beteiligten dem Kollektivwillen unterwirft [3]. Eine derartige rechtsgeschäftliche, sozialrechtliche Organisation kann aber nur durch einen gesellschaftlichen Zusammenschluß entstehen, sie muß daher gesellschaftsrechtlich im weiteren Sinn sein. Dementsprechend sind Kartellbeschlüsse nach § 1 GWB nur die Willensbildungsakte von "Vereinigungen" von Unternehmen. Ebenso wie die Kartellverträge tragen demnach auch die Kartellbeschlüsse notwendig gesellschaftsrechtlichen Charakter [4].

---

1) Würdinger, S. 56; Funke, S. 41; Vorbaum, Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluß, Diss., S. 25

2) So können z.B. bei der Erbengemeinschaft und der schlichten Rechtsgemeinschaft gem. §§ 2038 Abs. 2, 745 BGB Verwaltungsmaßnahmen mit bindender Wirkung für alle durch Mehrheitsbeschluß angeordnet werden.

3) Begründung zum Reg.Entwurf des GWB, Teil C, Anm. 2 m § 1.

4) Müller-Henneberg, § 1, Anm. 17; Müller-Gries, § 1, Anm. 22; Rasch, § 1, Anm. 4.

Allein aufgrund dieser gesellschaftsrechtlichen Natur sind die Beschlüsse jedoch nicht der Regelung des GWB unterworfen. Auch bei den Kartellbeschlüssen ergibt sich die Notwendigkeit einer Unwirksamkeitserklärung bzw. einer festumrissenen Ausnahmeregelung erst aus dem Zusammenwirken von sozialrechtlicher Eigenschaft und marktbeeinflussender Funktion. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die organisatorische Grundlage dieser Beschlüsse selbst bereits Kartellcharakter tragen muß, oder ob auch eine Gesellschaft mit wettbewerbsneutraler Zweckrichtung "Vereinigung" i.S. des § 1 GWB sein kann [1]. Denn der kartellrechtliche Charakter, der die Beschlüsse von Gesellschaften der verschiedenartigen Rechtsformen zu einem einheitlichen Rechtsbegriff des Kartellbeschlusses zusammenfaßt, ergibt sich nicht ipso iure bereits aus der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag. Auch Vereinigungen von Unternehmen, die schon Kartelle sind, können Beschlüsse fassen, die selbst nicht auf eine Marktregelung zielen und auch keinerlei Marktbeeinflussung zur Folge haben. Diese Beschlüsse werden aber wegen ihres wettbewerbsneutralen Charakters nicht vom GWB erfaßt. Die Kartellgesetzgebung will vielmehr nur die Beschlüsse für unwirksam erklären oder der Kontrolle einer Ausnahmeregelung unterwerfen, die für sich gesehen eine Gefährdung des marktwirtschaftlichen Gleichgewichts bedeuten. Die Kartelleigenschaft der Beschlüsse der §§ 1 ff. GWB ergibt sich demnach nicht aus dem Kartellcharakter der beschließenden Gesellschaft, sondern folgt erst aus dem Inhalt der Beschlüsse selbst.

---

1) Zum Meinungsstand: Goldbaum "Kartellrecht und Kartellgericht", S. 46 bb); Tiemann, S. 13; Frankfurter Kommentar z.GWB, Einleitung C TZ 133; Held, S. 27, Funke, S. 43; Drehfahl, Zum Begriff der Sperren und Nachteile von ähnlicher Bedeutung, Diss., S.44.

Kartellbeschlüsse sind daher nur diejenigen gesellschaftsrechtlichen Willensakte, die wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen der Mitglieder begründen oder bereits bestehende derartige Verpflichtungen ändern und dadurch zu einer Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse geeignet sind [1]. Auch die Kündigung der Beschlüsse der §§ 2-8 GWB bezieht sich demnach auf Rechtserscheinungen, die gesellschafts- und kartellrechtliche Elemente in sich vereinigen.

III. Die Einordnung des Kündigungsrechtes

Als bisheriges Ergebnis der Untersuchung kann festgestellt werden, daß die Kartellverträge und Beschlüsse trotz ihrer unterschiedlichen Struktur durch eine Übereinstimmung in ihrer Rechtsnatur gekennzeichnet sind. Diese Kennzeichnung erfolgt durch die Wechselwirkung und untrennbare Verknüpfung ihrer gesellschaftsrechtlichen und kartellrechtlichen Bestandteile. Der gesellschaftsrechtliche Teil, die Organisation, stellt dabei die äußere Form der Verträge und Beschlüsse dar und begründet damit deren allgemeine Einordnung in das Gebiet des Gesellschaftsrechts; er bildet gewissermaßen den formellen Rahmen, innerhalb dessen die verschiedenartigen wettbewerbsrechtlichen Ausgestaltungen möglich sind.[2] Diese Ausgestaltungen sind das kartellrechtliche Element der Verträge und Beschlüsse. Es füllt den inhaltsleeren äußeren Rahmen aus und verleiht den Kartellverträgen und -beschlüssen eine über die allgemeine gesellschaftsrechtliche Zuordnung hinausgehende besondere Qualifikation.

---

1) Funke, Begriff des Kartells nach dem Entwurf des GWB, Diss., S. 43.

2) Hauf, Diss., S. 75

Dieser Rechtscharakter der Verträge und Beschlüsse der §§ 2-8 GWB bestimmt die Einordnung des Kündigungsrechts. Da jede Kündigungsbestimmung erst durch die Zuordnung zu einem Rechtsverhältnis individualisiert wird, kann auch das Kündigungsrecht des § 13 erst aus seiner Beziehung zu den Kartellverträgen und -beschlüssen heraus analysiert werden. Die Abhängigkeit jedes Kündigungsrechts von einem konkreten Rechtsverhältnis hat daher zunächst zur Folge, daß auch die Kündigungsnorm des § 13 in den Rechtskreis der kündbaren Verträge und Beschlüsse einzuordnen ist. Über diese äußere Einordnung hinaus wird auch die innere Struktur des Gestaltungsrechts durch den Rechtscharakter des Kündigungsobjekts bestimmt : Ebenso wie die Verträge und Beschlüsse der §§ 2-8 ist folglich auch die Kündigungsvorschrift des § 13 durch das gesellschaftsrechtliche und das kartellrechtliche Element gekennzeichnet. In seiner äußeren Gestaltung ist das Kündigungsrecht demnach gesellschaftsrechtlicher Natur; es ist also in das System der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten einzuordnen. Da jedoch die Kündigungsbestimmung nach dem oben Ausgeführten ebenfalls durch die untrennbare Verknüpfung des gesellschaftsrechtlichen und des wettbewerbsrechtlichen Tatbestandes charakterisiert ist, wird das Kündigungsrecht durch das kartellrechtliche Element aus der Gruppe der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten herausgehoben. Dadurch erhält es eine über die gesellschaftsrechtliche Zuordnung hinausgehende rechtliche Eigenständigkeit. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie sich das Verhältnis von äußerer Einordnung und innerer Struktur auf die Gestaltung der Kündigung selbst, d.h. auf ihre Voraussetzungen und Folgen, auswirkt.

B. Die allgemeinen Lösungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts.

Bisher wurde dargelegt, daß der Kartellvertrag in seiner äußeren Form notwendig gesellschaftsrechtlicher Natur ist, und zwar gesellschaftsrechtlich im weiten Sinn. Theoretisch kann daher jeder Gesellschaftstyp als Rechtsform eines Kartells gewählt werden. Auf diese Feststellung kann sich jedoch eine Untersuchung, welche die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten bei diesen verschiedenartigen Zusammenschlüssen mit der kartellrechtlichen Kündigungsbestimmung vergleichen soll, nicht beschränken. Denn einmal kennt das Gesellschaftsrecht keine allgemeine, auf alle Formen gesellschaftlicher Zusammenschlüsse passende Vorschrift, die eine Lösung von "der Gesellschaft im weiten Sinn" ermöglicht. Der Vielgestaltigkeit gesellschaftsrechtlicher Erscheinungsformen entspricht vielmehr eine Vielzahl von Kündigungsbestimmungen und sonstigen Lösungsmöglichkeiten, die auf die Bedürfnisse und rechtlichen Besonderheiten des jeweiligen Gesellschaftstypes zugeschnitten sind. Zum anderen eignen sich aber - wie noch zu zeigen ist - in der Kartellpraxis nicht alle Gesellschaftsformen zur Wettbewerbsbeschränkung. Der Vergleich mit den gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten wirft daher notwendig die Frage nach den einzelnen Organisationsformen der Kartelle auf, d.h. nach den Gesellschaftstypen, die für die marktwirtschaftlichen Zwecke der Kartelle überhaupt verwendbar sind. Erst nach ihrer Beantwortung können die jeweiligen Lösungsmöglichkeiten, die nach allgemeinem Gesellschaftsrecht für die verschiedenen Organisationsformen der Kartelle bestehen, aufgezeigt und mit der Kündigungsbestimmung des § 13 GWB in Beziehung gesetzt werden.

I. Die einzelnen Gesellschaftsformen der Kartelle

Schon bevor die KVO den gesellschaftsrechtlichen Charakter des Kartellvertrags statuierte, bediente sich die Wirtschaft zur Kartellbildung der verschiedensten Gesellschaftstypen [1]. Denn allein die gesellschaftsrechtliche Einkleidung der Kartellabsprachen bot die Möglichkeit, mit Hilfe einer festumrissenen Organisation zwischen den Kartellbeteiligten eine wirksame Marktsteuerung zu erreichen. Nun sind allerdings die allgemeinen Gesellschaftstypen vom Gesetzgeber so normiert worden, daß sie möglichst vielen Zwecken nutzbar gemacht werden können; ihre demzufolge flexibel gestalteten äußeren Erscheinungsformen sind deshalb nicht immer exakt auf die speziell wirtschaftlichen Kartellzwecke abzustimmen. Die Praxis hat es jedoch verstanden, die allgemeinen Rechtsformen den besonderen marktwirtschaftlichen Bedürfnissen der Kartelle anzupassen und durch Ausnutzung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eine Übereinstimmung von Form und Inhalt zu erreichen.
Wie bereits erwähnt, ist der juristische Kartellbegriff des § 1 GWB die rechtliche Zusammenfassung verschiedenartiger marktwirtschaftlicher Tatbestände in unterschiedlichen Organisationsformen [2]. Kartellmäßige Zusammenschlüsse entspringen nicht juristischen Notwendigkeiten, sondern unternehmerischen Bedürfnissen der Beteiligten. Für die Wahl der Rechtsform eines Kartells ist daher die jeweilige wirtschaftliche Zielsetzung der Kartellvereinbarung und die Frage der Mittel, mit denen dieses Ziel erreicht werden soll, maßgeblich. Es ist zwar das Merkmal

---

1) Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen, S. 27.

2) s. oben, S. 24/25

jeder Kartellierung, daß sie durch Beschränkung des Wettbewerbs unter den Beteiligten die Eignung zur Marktbeeinflussung hervorruft. Diese Marktsteuerung kann aber auf den verschiedensten Gebieten der Wettbewerbsentfaltung, in unterschiedlicher Weise und besonders mit wechselnder Intensität erfolgen.
Die wirtschaftlich schwächste Form der Wettbewerbsbeschränkung bilden die Kartelle ohne Kontingentierung des Absatzes der Beteiligten [1]. Sie wirken auf die Produktion der Mitglieder nicht ein, sondern binden diese lediglich in begrenztem Umfang an eine Regelung des Verhaltens auf dem Markt selbst [2]. Wesentlich stärker wird die wirtschaftliche Freiheit der Kartellbeteiligten durch die sog. Kontingentierungskartelle eingeschränkt. Bei diesen erfolgt die Wettbewerbsregelung nicht erst auf der Marktebene, sondern bereits auf der Stufe der Erzeugung, indem eine Produktionshöchstmenge festgesetzt und quotenmäßig auf die einzelnen Mitglieder verteilt wird. Die einschneidenste und marktwirtschaftlich wirksamste Beschränkung des Wettbewerbs wird durch die Bildung von Syndikaten erreicht.
Das sind Kartelle mit Kontingentierung und Zentralisierung des Absatzes, die nicht nur in die Produktion eingreifen, sondern den Mitgliedern auch die unmittelbare Beziehung zum Markt nehmen [3].

---

1) Die folgende Einteilung bezieht sich auf Verkaufskartelle. Sie läßt sich in gleicher Weise jedoch auf die Einkaufskartelle anwenden - Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 234 f.

2) z.B. durch Festlegung von Mindestpreisen, von Kalkulationsbedingungen oder Verkaufskonditionen und -rabatte, durch Zuweisung von Kundengruppen oder Verkaufsgebieten.

3) Geiler, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen, S. 29 f.

Die Syndikate bilden Geschäftsstellen, welche die gesamte Produktion übernehmen und selbst auf dem Markt absetzen [1]. Die hier aufgezeigten Kartelltypen stellen nur die Hauptkategorien dar. Die Kartellpraxis hat darüber hinaus weitere Abwandlungen und Spezialisierungen geschaffen; insbesondere haben sich aus den dargestellten Kartellarten Mischformen entwickelt, die den unterschiedlichen Bedürfnissen der einzelnen Wirtschaftszweige angepaßt sind [2].

Aber schon die Hauptarten der Kartelle lassen erkennen, daß die einzelnen Kartellbindungen die wirtschaftliche Freiheit der Mitglieder in verschieden starker Weise beschränken. Während die Kartelle ohne Kontingentierung die Wettbewerbsentfaltung lediglich steuern, im übrigen aber eine aktive Teilnahme des einzelnen am Marktgeschehen zulassen, schließen die Syndikate ihre Mit-

---

1) Die Geschäftsstelle kann auch als Vermittlungsstelle organisiert sein, welche die Aufträge auf dem Markt in eigenem Namen sammelt und sie im Innenverhältnis den Kartellmitgliedern zuteilt.
Für die Wahl der gesellschaftlichen Organisation des Syndikats ist maßgeblich, in welcher Form die Verkaufsstelle gebildet werden soll: Die Geschäftsstelle kann eine rechtlich selbständige Handelsgesellschaft sein. Kartell und Geschäftsstelle bilden dann eine Doppelgesellschaft. Die Kartellvereinigung kann die Verkaufstätigkeit aber auch einem Mitglied oder einem Nicht-Kartellbeteiligten übertragen. Schließlich kann die Absatzzentralisation aber auch durch das Kartell selbst erfolgen. Das ist regelmäßig der Fall, wenn das Kartell selbst als Handelsgesellschaft, in Form der Einheits-AG oder -GmbH organisiert ist.

2) Benisch, "Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen", S. 39; Schmitz, Diss., S. 14.

glieder vom Wettbewerb völlig aus [1]. Je stärker nun die Kartellbindung in die Wettbewerbsfreiheit eingreifen soll, umso straffer muß die gesellschaftsrechtliche Organisation sein, welche die Kartellbindung verwirklichen soll. Denn die Wahl der Organisationsform bestimmt einmal die rechtlichen Möglichkeiten, die dem Kartell gegenüber seinen Mitgliedern zur Durchsetzung der Kartellabsprache gegeben sind. Zum andern hängen Dauer und Stabilität des Zusammenschlusses von der Stärke der Organisation ab. Diese Stabilität ist umso wichtiger, je mehr die Kartellpartner ihren Kontakt zum Markt aufgeben.

---

1) Ein derartiger Ausschluß vom Markt ist jedenfalls bei den Kartellen mit Alleinverkaufsklausel gegeben, bei denen also die Mitglieder verpflichtet sind, ihre gesamte Produktion über das Syndikat abzusetzen. Eine solche ausschließliche Lieferpflicht (sog. Andienungspflicht) ist zwar kein notwendiges Merkmal des Syndikatsbegriffes; hierfür reicht es aus, daß überhaupt eine gemeinsame Einrichtung zur Zentralisierung des Absatzes vorhanden ist. Ein Syndikat ist daher auch dann gegeben, wenn die Mitglieder ihre Erzeugnisse statt über die Vertriebsstelle auch selbst verkaufen dürfen. (so haben z.B. zwei Westfälische Zementsyndikate 1968 die Andienungspflicht ihrer Mitglieder aufgehoben - vergl. WuW 1968, S. 11o). Wenn aber das Syndikat eine Auftragslenkung oder Ausgleichsfunktion ausüben soll, so ist es unerläßlich, daß die Mitglieder zur Lieferung verpflichtet sind. Denn eine solche Funktion setzt voraus, daß die Vertriebsstelle über die entsprechenden Warenmengen verfügen kann. Deshalb besteht bei gemeinsamen Vertriebseinrichtungen in den meisten Fällen auch eine Andienungspflicht der Mitglieder (Müller-Henneberg, § 5, Anm. 99; Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle, S.1o9). Darüber hinaus ist bei Fehlen einer Andienungspflicht auch gar keine Kartellbindung vorhanden, sofern den Mitgliedern nicht sonstige Wettbewerbsbeschränkungen - etwa in Form von Preisabreden oder Quotenvereinbarungen - auferlegt worden sind.

Denn der Verlust der Marktbeziehungen bedeutet für den einzelnen ein großes wirtschaftliches Risiko für den Fall der Auflösung des Kartells. Je mehr daher die wirtschaftliche Selbständigkeit durch die Kartellvereinbarung eingeschränkt wird, umso mehr werden die Beteiligten bemüht sein, durch eine straffe Gesellschaftsorganisation den Bestand des Kartells zu gewährleisten [1]. Auch der Einfluß des Kartells auf Dritte, also auf den Markt selbst, hängt von der jeweiligen Organisation ab. Eine geschlossene gesellschaftliche Organisation wird den Zusammenschluß eher als wirtschaftlichen Machtfaktor erscheinen lassen als eine lockere Verbindung unter den Kartellpartnern, sie wird besser in der Lage sein, Außenseiter wirksam zu bekämpfen und zum Beitritt zum Kartell zu zwingen [2]. Die Rechtsform eines Kartells richtet sich daher nach dem Zweck des Zusammenschlusses und den zu seiner Erreichung benötigten Mitteln.

Die schwächste gesellschaftliche Organisation bildet die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Dieser Gesellschaftsform bedienen sich daher in erster Linie die niederen Kartelle, bei denen der Kartellzweck eine Teilnahme der Kartellverbindung am Rechtsverkehr nicht verlangt [3]. So organisieren sich häufig die Kartelle ohne Kontingentierung als BGB-Gesellschaft. Die Kartellpflichten beschränken sich bei diesen Typen im wesentlichen auf Unterlassungspflichten, die dann als Gesellschaftspflichten im Vertrag festgelegt werden. Für Kartelle mit gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb eignet sich jedoch die Rechtsform der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nicht, soweit Zentralisation

---

1) Müller-Henneberg, Vorbem. 15 vor § 1.
2) Schlauske, Diss., S. 30
3) Frankfurter Kommentar, Erläut. C TZ 150.

und Vertrieb durch die Kartellgesellschaft selbst vorgenommen werden soll [1]. Einmal verhindert die fehlende Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaftsform eine selbständige Geschäftstätigkeit. Zum anderen ist die Umsatztätigkeit der Geschäftsstelle Handelsgewerbe. Für Personalgesellschaften, die auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet sind, ist aber nach § 1o5 HGB zwingend die Rechtsform der OHG vorgeschrieben. Von diesen Nachteilen abgesehen, ermöglicht die Elastizität der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des BGB, die Rechtsform der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft den verschiedenartigsten Kartellzwecken anzupassen. Die BGB-Gesellschaft ist daher auch für die Kartelle des GWB die meistgewählte Rechtsform.

Körperschaftliche Struktur, Gesamtname und selbständiges Vermögen verleihen dem nichtrechtsfähigen Verein eine größere Geschlossenheit Dritten gegenüber, als sie die BGB-Gesellschaft besitzt [2]. Sofern der Kartellzweck ein geschlossenes Auftreten der Mitglieder auf dem Markt erfordert und dazu ein gewisses Maß körperschaftlicher Organisation verlangt, ist die Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins zu seiner Durchführung geeignet.
Die Gesellschaftsformen der OHG und KG eignen sich dagegen für eine Kartellierung nicht [3]: Für Kartelle ohne eigenen Geschäftsbetrieb können diese Rechtsformen nicht verwendet werden, weil die §§ 1o5, 161 HGB für OHG und KG den Betrieb eines Handelsgewerbes unter

---

1) Benisch, a.a.O., S. 1o.
2) Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle, S. 24, stellt bei der Wahl der Organisationsform allein auf das Außenverhältnis der Gesellschaften ab, auf das Verhältnis der Mitglieder gegenüber Dritten.
3) Benisch, a.a.O., S. 1o/11.

gemeinschaftlicher Firma vorschreiben. Aber auch für Kartelle mit Geschäftsbetrieb ist die Verwendbarkeit der OHG oder KG bestritten worden [1] : Der Gewerbebetrieb verlange Gewinnabsicht für das Unternehmen selbst; diese Absicht fehle jedoch in der Regel bei den Kartellgesellschaften, bei denen das Geschäftsergebnis ausschließlich den Mitgliedern zugute kommen soll. Neben diesen rechtlichen Bedenken bestehen auch wirtschaftlich-praktische Hindernisse für die Wahl der OHG oder KG, von denen hauptsächlich die unbeschränkte Haftung bei der OHG und die unterschiedliche Haftpflicht bei der KG zu erwähnen sind. Falls deshalb die wirtschaftliche Struktur eines Kartells eine Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit als Gemeinschaftsform geeignet erscheinen läßt, so ist die BGB-Gesellschaft oder der nicht-rechtsfähige Verein vorzuziehen. Bei diesen Typen gelten für die Mitglieder gesetzlich gleiche Haftungsmaßstäbe; ferner kann eine Beschränkung der vertraglichen Haftung auf das Kartellvermögen durch entsprechende Einschränkung der Vertretungsmacht erreicht werden. Die OHG und die KG sind daher dem System kartellrechtlicher Organisationsformen wesensfremd; sie können deshalb im Rahmen einer Untersuchung, die sich mit den verwendbaren Gesellschaftsformen wettbewerbsbeschränkender Absprachen befaßt, unberücksichtigt bleiben [2].

Gegenüber den Zusammenschlüssen ohne eigene Rechtspersönlichkeit hat der eingetragene Verein den Vorteil der generellen Haftungsbeschränkung und der unbeschränkten Parteifähigkeit. Infolge seiner Rechts-

1) Baumbach-Duden, § 1o5 HGB, Anm. 3 A.
2) Die Begründung zum Regierungsentwurf erwähnt in ihrem Katalog der möglichen Gesellschaftsformen weder die OHG noch die KG - Teil C zu § 1 Ziff. 5.

fähigkeit kann er losgelöst von seinen Mitgliedern selbständig am Rechtsleben teilnehmen. Diese Organisationsform eignet sich daher für die höheren Kartelle, deren wirtschaftliche Struktur im Verkehr mit Dritten eine verselbständigte Organisation und ein geschlossenes Auftreten des Kartells verlangt. Gemäß § 21 BGB darf der eingetragene Verein jedoch nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein. Geschäftsbetrieb in diesem Sinne ist jede nach außen gerichtete Tätigkeit des Vereins im Verkehr mit Dritten, die auf den Erwerb von wirtschaftlichen Vorteilen zielt [1].

Ein derartiger Geschäftsbetrieb ist auch die Zentralisation des Absatzes und der Verkauf der Produkte der Kartellmitglieder [2]. Die Syndikate, die höchste Stufe der Wettbewerbsregelung, können sich daher der Rechtsform des rechtsfähigen Vereins nicht bedienen, wenn sie die Kartellproduktion selbst absetzen wollen [3]. Kartellvereine ohne eigene Absatztätigkeit sind jedoch eintragungsfähig, selbst wenn sie im Innenverhältnis den Absatz zentralisieren [4].

---

1) RGZ 83/231 (233 f.).
2) Flechtheim, S. 318/319; Müller-Henneberg, Vorbem.17 vor § 1.
3) Auch eine Verleihung der Rechtsfähigkeit gemäß § 22 BGB kommt für derartige Kartelle nicht in Betracht. Die staatliche Verleihung ist Ermessensfrage; sie wird davon abhängig gemacht, daß die Rechtsfähigkeit nicht durch die Wahl einer anderen Organisationsform erlangt werden kann (Staudinger-Coing, § 22, Anm. 2). Da für die Syndikate jedoch die Rechtsform der GmbH oder AG zur Verfügung steht, ist mit einer Verleihung der Rechtsfähigkeit nicht zu rechnen. Held, S. 66; Benisch, S. 9/lo
4) Frankfurter Kommentar, Einleitung C TZ 152; Benisch S. 11/12 m.w.N.

Für Kartelle jeder Struktur, also auch für die Syndikate, ist die Rechtsform der GmbH verwendbar. Zwar steht nach der gesetzlichen Ausgestaltung bei der GmbH die Kapitaleinlagepflicht im Vordergrund. § 3 Abs. 2 GmbH-Gesetz läßt jedoch zu, daß den Gesellschaftern neben der Pflicht zur Leistung von Einlagen noch andere Verpflichtungen auferlegt werden. Diese sogen. Nebenleistungspflichten fließen wie die Kapitalpflichten unmittelbar aus der Mitgliedschaft und bedürfen daher der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Folglich sind sie ebenfalls gesellschaftsrechtlicher Natur. Inhaltlich ist dabei jede Art der Leistungspflicht zugelassen; auf der Grundlage des § 3 Abs. 2 kann daher jede Form der Wettbewerbsbeschränkung zum Gesellschaftszweck der GmbH gemacht werden [1]. Die Kartellbindungen im Rahmen einer solchen Nebenleistungsgesellschaft können von den einfachsten Unterlassungspflichten bei Konditions- und Rabattvereinbarungen oder sonstigen niederen Kartellen bis zu den Lieferpflichten bei Kartellen mit Geschäftsbetrieb reichen. Gerade für die Kartelle mit Absatzzentralisation und eigner Verkaufsstelle ist die Rechtsform der GmbH geeignet. Denn die Organisation der GmbH ist speziell für die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnitten und zeichnet sich deshalb durch eine große Wendigkeit im Innen- und Außenverhältnis aus [2]. Dabei gestattet die eigene Rechtsfähigkeit, daß sich die Gesellschaft selbständig am Wirtschaftsleben beteiligt und die erforderlichen Rechtsgeschäfte im eigenen

---

1) Hachenburg, § 3, Anm. 26; Geiler in Düringer-Hachenburg, Band II, 1, Anhang B Anm. 387 f.

2) Die Durchführung der regelmäßigen Gesellschaftsaufgaben liegt nach der gesetzlichen Gestaltung allein bei den Geschäftsführern, wodurch eine besondere Anpassungsfähigkeit von Willensbildung und -ausführung gewährleistet wird.

Namen abschließt. Die GmbH kann daher selbst die Verkaufsstelle des Syndikats bilden und sich bei der Durchführung der Kartellaufgaben unmittelbar der jeweiligen Marktsituation anpassen.
Auch bei der Aktiengesellschaft können den Aktionären neben der Pflicht zur Leistung der Kapitaleinlage sonstige Leistungsverpflichtungen auferlegt werden. Es lassen sich deshalb ebenso wie bei der GmbH Kartellbindungen in Form gesellschaftlicher Nebenleistungspflichten begründen. Dennoch wird die Rechtsform der AG für Kartelle, die als Einheitsgesellschaft organisiert werden sollen, kaum gewählt. § 55 Abs. 1 AktG läßt nämlich nur Verpflichtungen zu wiederkehrenden Sonderleistungen zu. Die Kartellpflichten sind jedoch in der Regel dauernde Leistungsverpflichtungen, so daß schon aus diesem Grund die Organisationsform der AG für Kartelle nicht geeignet erscheint [1]. Darüber hinaus erschweren die strengen Vorschriften über die Gründung der AG, die Höhe des Mindestkapitals, die aktienrechtlichen Publikationsbestimmungen

---

1) Das gilt zunächst in den Fällen,in denen das Wettbewerbsverbot sich nur auf Kalkulationsmaßstäbe, Mindestpreise, Rabatte oder sonstige Konditionen oder auf Einhaltung einer Kontingentsquote bezieht. Hierbei handelt es sich um Unterlassungspflichten, die ihrer Rechtsnatur nach keine wiederkehrenden Leistungen sind, sondern Dauerleistungen darstellen. Aber auch die Liefer- und Abnahmepflichten, die im Rahmen eines Syndikats bestehen, sind als Dauerverpflichtungen anzusehen. Denn die Verpflichtung zu derartigen Leistungen wird nicht im Hinblick auf die einzelnen Lieferungen begründet, sondern als einheitliche Leistungspflicht für die Dauer der Zugehörigkeit zu dem Kartellverband.
Benisch, a.a.O., S. 21, 1o/11; KG in OLG 27/345/346 zu § 212 HGB.

und die starre innere Organisation eine Anpassung der Aktiengesellschaft an die individuellen Zwecke der Kartelle. Als Einheitsgesellschaft findet daher die AG für die Kartellbildung wenig Verwendung [1]. Da diese Rechtsform jedoch bei der Doppelgesellschaft für die Bildung der Organgesellschaft benutzt wird, ist sie bei der Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Auch die Genossenschaft

---

1) So findet sich in der Aufstellung der von 1958-1961 angemeldeten Kartelle (bei Benisch, a.a.O., S. 24) kein Kartell in Form der EinheitsAG.

kann als Rechtsform für Kartelle gewählt werden [1]. Zwar erwähnt das GenG als mitgliedschaftliche Pflichten nur die Einzahlungs- und Haftpflicht der Genossen. Anders als das AktG und das GmbHG enthält es darüber hinaus keine ausdrücklichen Bestimmungen, wonach den Genossen als solchen weitere Verpflichtungen gegenüber der Genossenschaft auferlegt werden können.

---

1) Mit Inkrafttreten des GWB war es allerdings streitig geworden, ob auch die Genossenschaft Kartell i.S. der Definition des § 1 GWB sein kann. Denn auch die Genossenschaft erfüllt eine marktwirtschaftliche Funktion. Ebenso wie die Kartelle bezweckt sie die Förderung der Erwerbswirtschaft ihrer Mitglieder, indem sie diese im wirtschaftlichen Leistungskampf, also im Wettbewerb, schützt. Die Genossenschaftsbildung hat daher regelmäßig marktwirtschaftliche Konzentrationen zur Folge; es können ähnliche Wettbewerbsbeeinflussungen entstehen wie durch eine Kartellbildung. Dennoch ist die Freiheit der Genossenschaftsbildung durch das GWB nicht beschränkt worden. Daraus wurde nun teilweise gefolgert, daß der Gesetzgeber Wettbewerbsabsprachen in Form der Genossenschaft nicht als Kartelle ansehen und die Genossenschaft als Rechtsform deshalb bewußt von der Regelung des GWB ausnehmen wollte. Diese Ansicht beruht jedoch auf einer Verkennung des genossenschaftlichen Tatbestandes: Bei der gesetzestypischen Gestaltung der Genossenschaft bestehen keine Verpflichtungen der Mitglieder zu einem bestimmten Wettbewerbsverhalten. Die möglichen marktbeeinflussenden Wirkungen eines genossenschaftlichen Zusammenschlusses entstehen daher regelmäßig nicht - wie es Wesenserfordernis des Kartells ist - auf der Grundlage entsprechender Rechtsbindungen der Genossen; sie sind vielmehr bloß tatsächlicher Ausfluß der "inneren Verbundenheit" der Mitglieder und der dadurch bewirkten Geschlossenheit der Genossenschaft. Das normale genossenschaftliche Streben erfüllt daher den Kartelltatbestand nicht. Erst wenn die Genossen durch die besondere Ausgestaltung der Mitgliedschaft zu einem bestimmten Marktverhalten verpflichtet werden uud damit die Wettbewerbsbeschränkung in den rechtlich-organisatorischen Bereich erhoben wird, erhält die Genossenschaft Kartellcharakter. Bei einer solchen Ausgestaltung fällt daher auch eine Genossenschaft unter § 1 GWB. Westermann, in: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 73/74; Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, S. 2o5/2o6.

Die herrschende Meinung bejaht jedoch die Zulässigkeit derartiger, über die reinen Kapitalleistungspflichten hinausgehender Nebenpflichten auch für die Genossenschaft [1]. Dies wird einmal aus der Natur der Mitgliedschaft gefolgert, die Grundlage für zahlreiche Rechtsbeziehungen mit genossenschaftlichen Rechten und Pflichten sein kann. Zum andern wird die Möglichkeit, den Genossen andere und weitergehende Verpflichtungen als die im Gesetz bezeichneten aufzuerlegen, aus § 18 GenG abgeleitet. Nach dieser Vorschrift richtet sich das Verhältnis zwischen Genossenschaft und Genossen zunächst nach dem jeweiligen Statut. Durch das Statut können daher auch Mitgliedschaftspflichten begründet werden, die auf eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Genossen zielen und die dadurch die Eignung zu der in § 1 GWB bezeichneten Marktbeeinflussung hervorrufen. Durch die statuarische Begründung derartiger wettbewerbsrechtlicher Nebenpflichten wird folglich auch die Genossenschaft zum Kartell i.S. des § 1 GWB [2]. Allerdings kommt die Rechtsform der Genossenschaft für Kartelle ohne eigenen Geschäftsbetrieb nicht in Betracht, weil ein genossenschaftlicher Geschäftsbetrieb gem. § 1 GenG zwingendes Erfordernis der Genossenschaft ist. Aber auch für Kartelle mit Geschäftsbetrieb ist die Genossenschaft weniger als die AG oder GmbH geeignet. Einmal verhindert die Beschränkung des Stimmrechts auf eine Stimme für jeden Genossen eine Anpassung an die wirtschaftlichen Machtverhältnisse innerhalb des Kartells. Ferner läßt sich bei der Genossen-

---

1) RGZ 47/146 (152); 151/139 (143 f.) m.w.N. aus der Rechtsprechung. Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Anhang B Anm. 388 a.E.; Flechtheim, S.101; Westermann in "Kartellgenossenschaften", S.73/74; Benisch, S. 11/21; Orel, S.166 f.; Paulick, S. 105/206.
2) RGZ 151/139 (143/144).

schaft die für jede wirksame Kartellierung erforderliche feste Bindung an das Kartell nicht erreichen, da den Genossen gemäß § 65 GenG ein jederzeitiges Kündigungsrecht zusteht. Die Genossenschaft wird daher als Kartellform kaum verwendet [1]. Die Anwendung des Kündigungsrechts gemäß § 13 GWB auf die Genossenschaft wirft jedoch besondere konstruktive Probleme auf. Insofern und deshalb muß auch diese Rechtsform im Rahmen der Untersuchung über das Kündigungsrecht behandelt werden.

Von besonderer Bedeutung für die rechtliche Organisation der Kartelle ist die Konstruktion der Doppelgesellschaft : Wirtschaftliche Bedürfnisse haben die Kartellpraxis schon frühzeitig veranlaß-t, durch eine Kombination verschiedener Gesellschaftstypen die allgemeinen Gesellschaftsrechtsformen für die Kartellzwecke möglichst optimal auszunutzen [2]. Bei der Doppelgesellschaft sind auch die einzelnen Kartellmitglieder durch eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft bzw. einen nicht-rechtsfähigen Verein miteinander verbunden. Sämtliche Kartellpflichten sind im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung festgelegt. Die Kartellbindung ergibt sich daher allein aus der Mitgliedschaft in dieser "Grundgesellschaft", die das eigentliche Kartell darstellt [3].

---

1) s.d. Statistik bei Benisch, S. 24

2) In der Kartellrechtsliteratur war umstritten, ob die Grundgesellschaft sich nur als BGB-Gesellschaft oder nur als nicht-rechtsfähiger Verein organisieren oder aber beide Rechtsformen wählen konnte. (Flechtheim, S. 22 m.w.N.). Der Streit kann im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, da hinsichtlich der Frage der Kündigung beide Organisationsformen ohnehin schon bei den Einheitsgesellschaften zu berücksichtigen sind.

3) Geiler in Düringer-Hachenburg II, 1, Anhang B, Anm. 389.

Diese Kartellgesellschaft bedient sich nun zur Durchführung der Kartellaufgaben einer GmbH oder AG, die zwar rechtlich selbständig bleibt, im internen Verhältnis jedoch Organ der Grundgesellschaft ist. Die Organgesellschaft kann dabei einmal als Beauftragter der Grundgesellschaft nach außen tätig werden und für die BGB-Gesellschaft bzw. den nicht-rechtsfähigen Verein am Rechtsverkehr teilnehmen. In dieser Form wird die Doppelgesellschaft vornehmlich bei Syndikaten verwandt. Die AG oder GmbH ist dann die Geschäftsstelle des Kartells; sie zentralisiert den Absatz und bringt die Erzeugnisse der Mitglieder für Rechnung des Kartells auf den Markt [1]. Aber auch bei Kartellen, die sich auf das Innenverhältnis beschränken, findet sich die Einrichtung einer besonderen Organgesellschaft. Das Organ wird in diesem Fall nicht nach außen tätig; es hat die Aufgabe, die Erfüllung der Kartellpflichten zu überwachen, Vertragsstrafen einzuziehen, das Kartellvermögen zu verwalten oder den Gewinnausgleich zwischen den Kartellmitgliedern vorzunehmen [2]. Die Konstruktion der Doppelgesellschaft vereinigt die Vorzüge der nicht-rechtsfähigen Gesellschaftsformen mit denen der rechtsfähigen Handelsgesellschaften und vermeidet gleichzeitig die Nachteile beider Rechtstypen [3]: Die Begründung und Änderung der Kartellpflichten erfordert bei den nicht-rechtsfähigen Gesellschaften nicht die strengen formellen Voraussetzungen, wie sie die Satzungsaufstellung und -änderung bei GmbH

---

1) Bei den sogen.Vermittlungssyndikaten nimmt die AG oder GmbH die Aufträge der Abnehmer entgegen und teilt diese im Innenverhältnis den Kartellbeteiligten zu.

2) Benisch, S. 22

3) Isay in Bankarchiv XX, S. 57/58.

und AG verlangen. Der Inhalt der Kartellvereinbarung kann daher auch mit schnell wechselnden wirtschaftlichen Situationen leicht in Einklang gebracht werden. Auf Grund der weitgehend nachgiebigen Vorschriften des BGB ist auch die Regelung der Geschäftsführung besser den Kartellbedürfnissen anzupassen. GmbH und AG besitzen andererseits eine straffe Organisation, die zur Durchführung der Kartellaufgaben gerade bei den höheren Kartellen erforderlich ist. Vor allem ermöglicht die Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaften, sie zu Rechtsträgern des Kartells zu machen und dadurch die mangelnde Prozeß- und Parteifähigkeit der Grundgesellschaft auszugleichen [1]. Wegen dieser Vorteile wählen gerade Kartelle mit komplizierter wirtschaftlicher Struktur die einfache Form der BGB-Gesellschaft und des nicht-rechtsfähigen Vereins zur Begründung der Kartellbindung und die stärkere Organisationsform der AG oder GmbH zu deren Verwirklichung. Bei der Doppelgesellschaft liegt demnach der Schwerpunkt sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht auf der Grundgesellschaft, die sich der GmbH oder AG als eines Hilfsorgans bedient [2]. Wenn auch die Konstruktion der Doppelgesellschaft in der natürlichen Betrachtungsweise eine wirtschaftliche Einheit bildet, so besteht sie doch formalrechtlich gesehen aus zwei verschiedenen, juristisch selbständigen Gesellschaften [3].

Als äußere Rechtsformen der Kartelle lassen sich also folgende Gesellschaftstypen verwenden : Die Ge-

---

1) Isay in Bankarchiv XX, S. 57/58.

2) Geiler in Düringer-Hachenburg, II, 1, Anhang B, Anm. 389; Held, S. 98

3) Flechtheim, S. 31; Frankfurter Kommentar, Einleitung C TZ 156.

sellschaft des BGB, der nicht-rechtsfähige und der rechtsfähige Verein, die Genossenschaft, die GmbH, die AG und die von der Kartellpraxis entwickelte Konstruktion der Doppelgesellschaft. Diese Gesellschaftsformen können zwar unter der gemeinsamen Klammer des Gesellschaftsrechts zusammengefaßt werden; in ihrem Charakter und ihrer inneren und äußeren Gestaltung sind sie jedoch verschieden. Diese Verschiedenartigkeit hat zur Folge, daß auch die gesetzlichen Kündigungs- bzw. Lösungsmöglichkeiten bei den einzelnen Gemeinschaftsformen unterschiedlich gestaltet sind. Denn der Gesetzgeber hat bei der Normierung der Lösungsrechte den Eigenheiten des jeweiligen Gesellschaftstyps Rechnung getragen und Voraussetzung und Folgen einer Lösung von der Gemeinschaft dem unterschiedlichen Rechtscharakter angepaßt.

II. Die Lösungsmöglichkeiten bei den einzelnen Kartellgesellschaftsformen

1. Die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts

Bei der BGB-Gesellschaft steht jedem Gesellschafter nach § 723 BGB das Recht zu, die Gesellschaft zu kündigen. Dieses Kündigungsrecht ist in seinen Voraussetzungen davon abhängig, ob die Gesellschaft auf unbestimmte oder auf bestimmte Zeit eingegangen ist. Ist nach dem Gesellschaftsvertrag eine Zeitdauer für die Gesellschaft nicht bestimmt, so kann jeder Ge-

sellschafter sie jederzeit kündigen[1]. Diese sogen. ordentliche Kündigung erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber der Gesellschaft, die den Kündigungswillen eindeutig erkennen lassen muß [2]; an weitere Voraussetzungen ist die Kündigungswirkung nicht gebunden. Bei der auf bestimmte Zeit eingegangenen BGB-Gesellschaft ist dieses Recht zur ordentlichen Kündigung nicht gegeben. Zwar ist auch hier eine Kündigung ohne Einhaltung einer Frist zulässig. Es handelt sich hierbei jedoch um eine außerordentliche Kündigung, deren Wirksamkeit durch das Vorliegen eines Kündigungsgrundes, eines wichtigen Grundes, bedingt ist. Der Begriff des wichtigen Grundes ist im Gesetz nicht abschließend bestimmt, es sind vielmehr nur einige typische Tatbestände aufgezählt. Die außerordentliche Kündigung kann daher aus jedem Grund erfolgen, sofern er ein "wichtiger" i.S. des § 723 Abs. 1 S. 2 BGB ist [3]. Allgemein ist ein wichtiger Grund immer dann gegeben, wenn einem Gesellschafter nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht zugemutet werden kann [4]. Ob ein Grund im konkreten Fall zur Kündigung berechtigt, hängt von der jeweiligen Gestaltung der Gesellschaft, ihrem Zweck und der Interessenabwägung zwischen Gesellschaft und kündigendem Gesellschafter ab. Nach der gesetzlichen Regelung hat eine Kündigung zugleich die Auflösung der BGB-Gesellschaft zur Folge.

---

1) Dasselbe gilt nach § 724 BGB, falls die Gesellschaft auf Lebenszeit eingegangen oder nach dem Ablauf der vertraglich bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt worden ist.

2) Geiler in Staudingers Kommentar, § 723, Anm. 3o.

3) Molitor, Die Kündigung, S. 285

4) RGZ 142/215.

Denn die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist in ihrer typischen Form Personalgemeinschaft, die durch die individuellen Beziehungen ihrer Mitglieder untereinander gekennzeichnet ist. Die Gesellschafter verpflichten sich gegenüber jedem anderen Mitgliedgesellschafter, den gemeinsamen Zweck zu fördern; dabei übernimmt jeder seine Beitragspflicht nur deshalb, weil auch die übrigen sich verpflichten [1]. Diese Bindung von Person zu Person ist Grundlage der BGB-Gesellschaft; ihr Bestand ist demnach von der Person ihrer Gesellschafter abhängig [2]. Der Wegfall auch nur eines Mitglieds zerstört die Grundlage des Zusammenschlusses, weil er für die übrigen Mitglieder den Verpflichtungsgrund beseitigt. Die gesetzliche Folge der Kündigung - die Auflösung der Gesellschaft - ist also nur die natürliche Konsequenz der Grundstruktur der BGB-Gesellschaft. Im Gesellschaftsvertrag kann allerdings vereinbart werden, daß die Gesellschaft trotz Kündigung unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen und lediglich der Kündigende ausscheiden soll. Durch eine solche Vereinbarung wird aber die typische Gestaltung der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft verändert: Die Gesellschaft wird von der Person der Gesellschafter in gewissem Grad unabhängig gemacht und erhält dadurch ein körperschaftliches Element, sie nähert sich infolgedessen den Verbindungen mit rein korporativer Organisationsform [3].

---

1) Larenz, Schuldrecht II, S. 286.

2) Geiler in Staudingers Kommentar, Vorbem. 2 zu § 723 BGB; Schwalbe, "Die Kündigung aus wichtigem Grund", Dissertation, S. 91

3) Geiler in Staudingers Kommentar, Vorbem. 14 vor § 709 BGB; Larenz II, S. 239/240.

Nach der ausdrücklichen Verweisung des § 54 BGB müßte auch der nicht-rechtsfähige Verein der Kündigungsbestimmung des § 723 BGB unterliegen. Die herrschende Meinung verneint jedoch eine entsprechende Anwendung des § 723 BGB auf den nicht-rechtsfähigen Verein [1]. Denn diese Vorschrift ist auf die personenrechtliche Struktur der BGB-Gesellschaft zugeschnitten. Der nicht-rechtsfähige Verein ist jedoch körperschaftlich organisiert, da er darauf gerichtet ist, unabhängig von seinem Mitgliederbestand als einheitliches, selbständiges Ganzes aufzutreten. Bei ihm verpflichten sich die Mitglieder nicht gegenseitig, sie unterwerfen sich vielmehr durch ihren Beitritt einer Satzung, die mit Normenkraft alle Mitglieder - auch zukünftige - bindet. Daher überdauert der nicht-rechtsfähige Verein die Einzelpersönlichkeit seiner Mitglieder und läßt dementsprechend einen Mitgliederwechsel grundsätzlich zu [2]. Diesem körperschaftlichen Prinzip widerspricht die Kündigungsregelung des § 723 BGB, die von einer geschlossenen Mitgliederzahl ausgeht. Die h.M. wendet daher entgegen der Verweisung des § 54 BGB auf den nicht-rechtsfähigen Verein die Lösungsbestimmungen an, die für den ebenfalls körperschaftlich organisierten rechtsfähigen Verein gelten.

Nach § 39 Abs. 2 BGB sind die Mitglieder des rechtsfähigen Vereins zum Austritt berechtigt. Dieses Austrittsrecht ist zwingender Natur [3]; es kann jedoch

---

1) RGZ 78/134 (136); Fischer in RGRBGB, § 723, Anm. 7; Soergel-Siebert, Schultze, v.Lasaulx, § 723 BGB, Anm. 43; Lehmann, Allg.Teil des BGB, S. 444; Enneccerus-Nipperdey, S. 7oo

2) BGH in NJW 1954, S.833; Staudinger-Geiler, Vorbem. 65 ff. vor § 7o5; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 6; Larenz II, S. 289

3) Lehmann, Allg.Teil des BGB, S. 433

durch die Satzung an den Ablauf des Geschäftsjahres oder einer zweijährigen Kündigungsfrist gebunden werden. Der Austritt erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem Verein, von Austrittsgründen ist er nicht abhängig. Mit Wirksamkeit der Austrittserklärung scheidet das betreffende Mitglied aus dem Verein aus. Dieser bleibt infolge seiner körperschaftlichen Struktur vom Austritt unberührt [1]. Das Austrittsrecht entspricht in seiner Gestaltung dem Recht zur ordentlichen Kündigung bei der BGB-Gesellschaft [2]. Ein außerordentliches Lösungsrecht kennt das Vereinsrecht dagegen nicht. Nach der gesetzlichen Regelung besteht daher keine Möglichkeit, bei einem wichtigen Grund trotz vorgesehener Kündigungsfrist sofort aus dem Verein auszuscheiden.
Auch bei der Genossenschaft kann sich das einzelne Mitglied einseitig von der Bindung an die Gemeinschaft lösen [3]. Gemäß § 65 GenG hat jeder Genosse das Recht, mittels Aufkündigung seinen Austritt aus der Genossenschaft zu erklären. Die Aufkündigung kann durch das Statut an eine Frist bis zu zwei Jahren gebunden werden. Selbst wenn eine Kündigungsfrist nicht festgesetzt ist, so ist nach der Regelung des § 65 Abs. 2 GenG eine Aufkündigung nur zum Schluß des Geschäftsjahres zulässig. Diese gesetzliche Beschränkung des Kündigungsrechts beruht auf den nicht abdingbaren Vorschriften über die Auseinandersetzung des ausgeschiedenen Mitglieds mit der Genossenschaft (§§ 18, 73 GenG), über den Schutz der Gläubiger und die Wirtschaftlichkeit der Genossenschaft. Die Auseinandersetzung muß auf Grund einer Bilanz erfolgen, die auf den Zeitpunkt des Ausscheidens abzustellen ist.

---

1) Hauf, S. 4o

2) Hauf, S. 26

3) Wenge, "Austritt eines Genossen", S. 16.

Hätte jeder Genosse das Recht, jederzeit aus der Genossenschaft auszuscheiden, so müßte für jeden Tag des Geschäftsjahres, an dem ein Mitglied kündigt, eine solche Bilanz aufgestellt werden. Weiterhin müßte die Generalversammlung einberufen werden, um über die Bilanz und die Verteilung des ausgewiesenen Gewinns und Verlustes zu beschließen [1]. Ein Ausscheiden während des Geschäftsjahres würde daher den ordentlichen Geschäftsgang stören und infolge des unwirtschaftlichen Arbeitsaufwandes die Erreichung des Genossenschaftszwecks hemmen. Darüber hinaus ist die Genossenschaft als Wirtschaftsunternehmen trotz der persönlichen Haftung der Genossen auf eigenes Betriebskapital angewiesen. Denn die Haftpflicht greift nur für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft ein; sie kann daher das erforderliche Eigenkapital nur beschränkt ersetzen [2]. Bei einem jederzeitigen Austrittsrecht wäre die Genossenschaft gezwungen, während des ganzen Geschäftsjahres ständig Mittel für eine mögliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bereit zu halten; dieses Kapital würde der Verwendung auf den Gemeinschaftszweck entzogen [3]. Dadurch kann die Wirtschaftsfähigkeit der Genossenschaft erheblich eingeschränkt werden. Schließlich würde auch die Sicherheit der Gläubiger durch ein unbeschränktes Kündigungsrecht beeinträchtigt: Kreditgrundlage der Genossenschaft ist zwar die persönliche Beteiligung der Genossen, die in der persönlichen Nachschußpflicht zum Ausdruck kommt [4].

---

1) Wenge, a.a.O., S. 13; Tiemann, S. 56
2) Westermann in "Deutscher Genossenschaftstag", Berlin 1962, S. 24.
3) Wenge, a.a.O., S. 13.
4) Westermann in Seraphim, "Vom Wesen der Genossenschaft", S. 94; Paulik, a.a.O., S. 123.

Diese Nachschußpflicht bleibt für einen gewissen Zeitraum auch nach dem Ausscheiden eines Genossen bestehen. Sie greift aber erst im Falle eines Konkurses der Genossenschaft ein (§ 23 i.V.m. §§ 75, 101, 105 bzw. § 115 b GenG). Bis zur Konkurseröffnung bildet deshalb das Betriebsvermögen die alleinige Haftungssubstanz; das Eigenkapital der Genossenschaft ist auch das einzige Zugriffsobjekt für eine Einzelzwangsvollstreckung der Gläubiger. Bei einem jederzeitigen Kündigungsrecht und der damit verbundenen Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bestünde für die Gläubiger die Gefahr, daß sich das unmittelbare Haftungskapital in unvorhergesehener Weise verringert und daß sie demzufolge ihre Ansprüche unerwartet nur noch im Konkursverfahren mit seinen Risiken realisieren können. Die Beschränkung der Kündigung auf den Schluß des Geschäftsjahres soll daher der Genossenschaft Gelegenheit geben, sich auf das Ausscheiden vorzubereiten und die Auseinandersetzung im Wege der Jahresbilanz durchzuführen; die Gläubiger können sich vor Beginn eines neuen Geschäftsjahres auf etwaige Veränderungen der finanziellen und persönlichen Verhältnisse innerhalb der Genossenschaft einstellen [1]. Die Aufkündigung erfolgt durch eine schriftliche Erklärung gegenüber der Genossenschaft. Allerdings führt diese Kündigungserklärung für sich allein noch keine Beendigung der Mitgliedschaft herbei. Der kündigende Genosse scheidet nach § 10 Abs. 2 GenG vielmehr erst dann aus der Genossenschaft aus, wenn die Aufkündigung in die Liste der Genossen eingetragen wird. Solange diese Eintragung nicht erfolgt ist, bleibt der Genosse Mitglied,

---

1) Wenge, a.a.O., S. 14

selbst wenn eine wirksame Austrittserklärung vorliegt [1]. Durch diese konstitutive Wirkung der Eintragung soll die Zuverlässigkeit der Liste der Genossen gewährleistet werden [2]. Denn Grundlage des genossenschaftlichen Zusammenschlusses ist nicht eine anonyme Kapitalbeteiligung, sondern die Person der Genossen [3]. Der persönliche Einsatz der Mitglieder zur Förderung des Gemeinschaftszwecks, der sich besonders in der Nachschußpflicht der Genossen konkretisiert, bestimmt daher die wirtschaftliche Bedeutung und Kreditfähigkeit der Genossenschaft [4]. Da die Genossenschaft aber andererseits eine Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl ist und folglich Veränderungen ihres Mitgliederbestandes unterworfen ist, muß der jeweilige Mitgliederkreis im Interesse der Verkehrssicherheit jederzeit zuverlässig feststellbar sein [5]. Die Genossenschaftsliste soll daher darüber Gewißheit geben, daß die aufgeführten Genossen wirklich haftpflichtige Mitglieder sind [6]. Die Genauigkeit der Liste wird

---

1) Wenge, S. 68; Deumer "Das Recht der eingetragenen Genossenschaft", S. 158.

2) Parisius-Crüger, Vorbem. 2 zu §§ 69, 7o GenG.

3) Westermann in Seraphim "Vom Wesen der Genossenschaft", S. 94

4) Paulick, a.a.O., S. 123

5) Paulick, a.a.O., S. 66

6) Wenge, a.a.O., S. 16. Die Liste soll auch darüber Auskunft geben, daß alle haftpflichtigen Genossen wirklich eingetragen sind. Daher ist auch der Erwerb der Mitgliedschaft von einer Eintragung in der Liste abhängig.

dadurch gesichert, daß die Entstehung und Beendigung der Mitgliedschaft von einer entsprechenden Eintragung abhängig ist. Die Herbeiführung der Eintragung steht jedoch nicht im Belieben der Genossenschaft. Die Aufkündigungserklärung begründet vielmehr einen Anspruch des Kündigenden gegen die Genossenschaft, bei dem zuständigen Registergericht die Löschung in der Liste zu veranlassen [1].

Der Austritt aus der Genossenschaft kann ferner ohne Auseinandersetzung mit der Gesellschaft dadurch erfolgen, daß der Genosse sein Geschäftsguthaben auf einen Anderen überträgt. Die Übertragung geschieht durch schriftliche Übereinkunft mit dem Erwerber, der entweder bereits Genosse sein oder mit dem Ausscheiden des Veräußerers werden muß. Da hier eine Auseinandersetzung nicht stattfindet, ist der Austritt durch Übertragung des Geschäftsguthabens jederzeit - auch während des Geschäftsjahres - zulässig. Allerdings erlischt die Mitgliedschaft auch hier nicht schon mit der Übertragung des Guthabens, sondern erst, wenn diese in die Liste der Genossen eingetragen ist. Das Übertragungsrecht kann aber im Gegensatz zum Aufkündigungsrecht durch das Statut an Bedingungen geknüpft oder ganz ausgeschlossen werden.

Da die Genossenschaft eine Gesellschaft mit nicht - geschlossener Mitgliederzahl, d.h körperschaftlich gestaltet, ist, wird sie durch den Austritt eines Genossen nicht aufgelöst.

---

1) Wenge, S.16. Der Vorstand ist nach § 69 GenG verpflichtet, die Aufkündigung dem Gericht zur Liste der Genossen einzureichen; dieses hat nach § 7o I das Ausscheiden unverzüglich einzutragen.

Den Gesellschaftern einer GmbH steht nach der gesetzlichen Regelung ein Kündigungsrecht nicht zu; das GmbHGes. enthält keine Bestimmung, nach der sich ein Mitglied außervertraglich durch einseitige Willenserklärung von der Gesellschaft lösen kann. Die GmbH kann zwar auf Verlangen eines Gesellschafters nach § 6o i.V. mit § 61 GmbHG durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden. Mit der Auflösung würden die Mitglieder von der gesellschaftlichen Bindung frei werden. Es handelt sich jedoch bei der Auflösungsklage nicht um eine Ausprägung des außerordentlichen Kündigungsrechts [1]. Denn die Klage kann nur auf Gründe gestützt werden, die in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst liegen. In der Person eines Gesellschafters liegende Umstände, mögen sie für den einzelnen noch so schwerwiegend sein, genügen dagegen als Auflösungsgrund nicht, da bei der GmbH als Kapitalgesellschaft die Persönlichkeit ihrer Mitglieder gegenüber deren Kapitalbeteiligung zurücktritt [2]. Die außerordentliche Kündigung dient demgegenüber dazu, der Situation des einzelnen Gesellschafters Rechnung zu tragen; sie soll in den Fällen eine Lösungsmöglichkeit bieten, in denen die gesellschaftliche Bindung für den einzelnen unerträglich und unzumutbar geworden ist. Außerdem kann die Auflösungsklage nach § 61 Abs. 2 GmbHGes nur von den Gesellschaftern erhoben werden, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens den zehnten Teil des Stammkapitals ausmachen. Diese Bestimmung soll verhindern,

---

1) Schlauske, S. 32; Hauf, S. 31; a.A. Schwalbe, S. 28/29

2) Brodmann in Ehrenbergs Handbuch IV, 2. Abt., S. 191; Schwalbe, S. 28/29; Fischer in GmbH-Rundschau 1953, S. 131 ff., S. 136

daß die Gesellschaft durch eine unbedeutende Kapitalminorität aufgelöst wird.
§ 60 Abs. 2 GmbHGes. läßt allerdings zu, daß neben den gesetzlichen noch weitere Auflösungsgründe im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. Ein derartiger vertraglicher Auflösungsgrund kann auch die Kündigung eines Gesellschafters sein, unabhängig von der Höhe seines Geschäftsanteils. Auch bei der GmbH kann daher den Gesellschaftern ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt werden, das sich auf die persönlichen Verhältnisse der Mitglieder gründet. Es kann aber als Ausnahme von der gesetzlichen Regelung nur durch Aufnahme in die Satzung entstehen und ist folglich vom Willen der Gesellschafter abhängig [1].

Eine jederzeitige Lösung von der GmbH ist ferner durch die Veräußerung der Geschäftsanteile möglich (§ 15 GmbHGes.). Der Geschäftsanteil ist zunächst Verkörperung der Kapitalbeteiligung. Er ist aber zugleich Ausdruck der Mitgliedschaft. Denn die Mitgliedschaft ist bei den Kapitalgesellschaften unmittelbarer Ausfluß der Kapitalbeteiligung und in ihrem rechtlichen Schicksal von dem der Beteiligung abhängig. Die Mitgliedschaft ist daher an den Besitz des Geschäftsanteils gebunden [2]. Infolgedessen wird mit der Veräußerung des Geschäftsanteils auch die Mitgliedschaft übertragen; der Veräußerer verliert gleichzeitig mit dem Kapitalanteil auch die Mitgliedschaft und wird dadurch von der gesellschaftlichen Bindung frei. Die Übertragung erfolgt durch Vertrag

---

1) Flechtheim, S. 97; Schwalbe, S. 29
2) Isay-Tschierschky, § 8 Anm. 60.

mit dem Erwerber in gerichtlicher oder notarieller Form. Die Satzung der GmbH kann jedoch die Übertragung von Geschäftsanteilen erschweren, an die Zustimmung der GmbH knüpfen und sogar völlig ausschließen [1].

Nach § 27 GmbHGes. kann jeder Gesellschafter ferner seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellen; mit Wirksamkeit des Verzichts scheidet er aus der GmbH aus. Dieses sogen. Abandonrecht setzt aber voraus, daß nach der Satzung die Einforderung von unbeschränkten Nachschüssen zulässig ist; es entsteht erst mit der Einforderung dieser Nachschüsse und steht nur den Gesellschaftern zu, die ihre Stammeinlagen vollständig eingezahlt haben. Das Abandonrecht ist also vom Gesetzgeber nur für eine bestimmte Gestaltung der GmbH gedacht; es soll ein Ausgleich dafür sein, daß sich die Beitragspflicht nicht wie nach der normalen gesetzlichen Regelung auf eine einmalige feste Einlage beschränkt, sondern den Gesellschaftern unbegrenzt weitere Zahlungspflichten auferlegt werden können. Die Aufgabe der Mitgliedschaft durch Verzicht auf den Geschäftsanteil kann daher nicht als allgemeine Lösungsmöglichkeit angesehen werden.

Auch das Recht der Aktiengesellschaft kennt kein Kündigungsrecht der Gesellschafter. Das Fehlen jeglicher Kündigungsmöglichkeit wird jedoch durch die freie Veräußerlichkeit der Aktien in gewisser Weise ersetzt [2]. Da die Aktie- wie bei der GmbH der Geschäftsanteil - Beteiligung und Mitgliedschaft ver-

---

1) Scholz, Kommentar zum GmbHGes., § 15, Anm.42

2) Fischer, Großkommentar zum AktGes., § 61, Anm.7; Schwalbe, S. 44.

körpert, wird die mitgliedschaftliche Bindung durch die Veräußerung der Aktie beendet [1]. Die Übertragung kann allerdings gemäß § 68 Abs. 2 AktGes. bei Namensaktien durch die Satzung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden. Dieses Zustimmungserfordernis ist nach § 55 AktGes. zwingend vorgeschrieben, wenn den Aktionären neben der Einlagepflicht die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden soll.
Weitere Möglichkeiten einer einseitigen Lösung von der Gesellschaft sieht das AktGes. nicht vor, insbesondere können sich die Aktionäre weder durch Verzicht auf die Mitgliedschaft noch durch eine Auflösungsklage aus wichtigem Grund von der Bindung an die AG befreien [2].

2. Die Weiterentwicklung der Lösungsmöglichkeiten

Die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten sind also bei den einzelnen Gesellschaftstypen, die für eine Kartellbildung in Betracht kommen, unterschiedlich gestaltet. Zwar hat der Gesetzgeber prinzipiell bei jeder Gemeinschaftsform eine einseitige Befreiung von der gesellschaftlichen Bindung zugelassen. In ihrer Verwirklichung differenziert sie jedoch vom Austritt bzw. der Kündigung durch bloße Willenserklärung bei den Vereinen und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts über die notwendige Mitwirkung von Gesellschaft und Registergericht bei der Genossenschaft bis zum Ausscheiden durch Übertragung des Kapitalanteils bei AG und GmbH. Vor allem ist

1) Wieland, Handelsrecht II, S. 174
2) RGZ 17/3 (5); Fischer, a.a.O., § 5o, Anm.26; Brodmann, Aktienrecht, § 5o, Anm.2 e; Schlegelberger, Aktiengesellschaft, § 5o, Anm. 7; Schmidt in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, Einleitung zu § 61.

das Lösungsrecht bei einigen Typen unentziehbar, während bei anderen die Lösbarkeit durch satzungsmäßige Vereinbarungen ganz ausgeschlossen werden kann. Diese Verschiedenartigkeit der Lösungsmöglichkeiten beruht auf dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften; sie findet ihre Rechtfertigung in der gegensätzlichen Gestaltung der Verknüpfung von Mitglied und Gemeinschaft [1].
Die Personalvereinigungen, zu denen die BGB-Gesellschaft, der rechtsfähige und nicht rechtsfähige Verein sowie die Genossenschaft zählen, sind durch die persönliche Bindung des einzelnen an die Gemeinschaft gekennzeichnet. Grundlegendes Organisationselement ist die Einzelpersönlichkeit ihrer Mitglieder [2]. Diese "individualisierende" Eingliederung der Gesellschafter entspringt einmal der Gleichrichtung von Einzelinteresse und Gemeinschaftszweck. Da Verein, bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und Genossenschaft darauf gerichtet sind, einen allen Beteiligten gemeinsamen Zweck zu verwirklichen, ist das gesellschaftliche Streben zugleich Ausdruck der persönlichen Motive jedes einzelnen [3]. Schon der Zusammenschluß, die Begründung der Gemeinschaft, berührt daher unmittelbar die Persönlichkeitssphäre der Mitglieder. Aber auch die Ausgestaltung der Mitgliedschaft selbst verleiht der Bindung an die Gemeinschaft starke persönliche Züge : Die Mitglieder nehmen selbst am Schicksal der Vereinigung teil, da speziell die Durchführung der Gemeinschaftsaufgaben und die Erfüllung des gemeinsamen Zwecks unmittelbar von ihrer

---

1) Fajans, Die Kündigung des Gesellschafters bei der GmbH., Dissertation, S. 18

2) Roth in LZ 1912, S. 266.

3) Roth, ebenda, S. 267.

Mitwirkung abhängen. Dementsprechend greifen auch die Mitgliedschaftspflichten direkt in den individuellen Bereich ein; von positiven Mitwirkungspflichten bis zu Unterlassungspflichten reicht die Verknüpfung der Einzelperson mit der Gemeinschaft. Diese Eingliederung der Persönlichkeit bedeutet aber eine Einschränkung der persönlichen Freiheit der Mitglieder, die umso stärker ist, je mehr Persön-lichkeitswerte der einzelne zur Verfügung stellen muß [1]. Diese persönliche Beschränkung birgt aber die Gefahr einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz in sich, insbesondere, wenn die Dauer der Mitgliedschaft nicht festgelegt ist und die Leistungspflichten daher unbegrenzt sind. Eine derartige übermäßige persönliche Bindung widerspricht jedoch dem Schutz der Einzelpersönlichkeit und der individuellen Freiheit, der ein allgemeiner Grundsatz der Rechtsordnung ist [2]. Der Gesetzgeber muß deshalb bei allen Rechtsverhältnissen, die durch eine dauernde Bindung in den Bereich des einzelnen eingreifen, für eine Begrenzung bzw. Begrenzbarkeit sorgen [3]. Er muß daher dem einzelnen das Recht gewähren, sich durch einen einseitigen Willensakt aus der Bindung zu lösen und damit seine persönliche und wirtschaftliche Freiheit zu sichern. Dies gilt besonders für die Fälle, in denen die Dauer des Rechtsverhältnisses nicht von vornherein zeitlich festgelegt ist. Das einseitige Lösungsrecht muß ferner im Interesse der individuellen Freiheit so verankert werden, daß es nicht entzogen werden kann. Die Gewährung eines unentziehbaren Aus-

---

1) Roth, a.a.O., S. 268
2) v.Tuhr, II, 2, S.37/38; Larenz I, S.23, Fußnote 1; Nehm, Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, S.122; BGH in NJW 1954, S. 1o6
3) Roth in LZ 1912, S. 268; Fajans, S. 14

trittsrechts bzw. Kündigungsrechts bei den Personalgesellschaften ist also das notwendige Gegengewicht gegenüber der fortwirkenden persönlichen Bindung der Mitglieder und der damit verbundenen Beschränkung ihrer persönlichen Freiheit [1].

Bei den Kapitalgesellschaften, der GmbH und der AG, besteht nach ihrer prinzipiellen Struktur keine persönliche Bindung der Mitglieder. Zwar ist auch hier die Mitgliedschaft, d.h. die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft, Dauerrechtsverhältnis, da sie eine ständige Verknüpfung mit der Organisation beinhaltet [2]. Diese Bindung stellt jedoch - im Gegensatz zu den Personalgesellschaften - keine Beziehung zwischen der Person selbst und der Gesellschaft her [3]. Zunächst braucht der Gesellschaftszweck - im Gegensatz zu den Personalgesellschaften - nicht mit den persönlichen Zielen der Gesellschafter übereinzustimmen. Die GmbH und AG sind auf die Erzielung gewinnbringenden Eigenerwerbs durch die Vereinigung von Kapital gerichtet. Die Kapitalsammlung ist nach der gesetzlichen Gestaltung der alleinige Organisationszweck. Hinter diesen Zweck treten die Einzelinteressen zurück; die persönlich motivierten Ziele der Gesellschafter, die durch die Verwendung des Kapitals erreicht werden sollen, bleiben bloße, rechtlich nicht relevante Beweggründe für die Beteiligung [4]. Darüber hinaus ist die Kapitalsammlung aber auch grundlegendes Organisationselement; denn für die

---

1) Otto v. Gierke, IheringsJ Band 64, S. 380
2) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S.21/24; Otto v.Gierke, IheringsJ Band 64, S. 395
3) Roth in LZ 1912, S. 269
4) Roth, a.a.O, S. 268/269

Verwirklichung des Gesellschaftszwecks ist grundsätzlich allein der materielle Wert der Mitgliedschaft entscheidend, nicht aber ihr Persönlichkeitswert [1]. Daher besteht auch die mitgliedschaftliche Beteiligung nicht im Einsatz der Person, sondern in der Leistung einer einmaligen festumrissenen Einlage [2]. Gegenüber dieser Kapitalbeteiligung tritt die Persönlichkeit in den Hintergrund [3]. Bei der Kapitalgesellschaft ist also sowohl der Zweck als auch die Leistungspflicht von der individuellen Existenz der Mitglieder gelöst; die Gesellschafter werden folglich durch die Mitgliedschaft weder in ihrer Person gebunden noch in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt. Der Gesetzgeber konnte daher bei der GmbH und AG darauf verzichten, den Gesellschaftern ein Austrittsrecht zu gewähren, und die Lösungsmöglichkeit auf die Übertragbarkeit der Anteile am Kapital beschränken [4]. Er konnte ferner zulassen, daß die Veräußerung der Anteile im Einzelfall an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden bzw. ganz ausgeschlossen wird. Die Versagung des Austrittsrechtes ist allerdings nicht nur eine Konsequenz der Versachlichung der Mitgliedschaft zu einer lediglich finanziellen Beteiligung; sie beruht vielmehr auch auf dem Gedanken des Gläubigerschutzes. Die Summe der Kapitaleinlagen bildet zunächst das Stammkapital der Gesellschaft und damit das einzige Befriedigungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger [5]. Andererseits sieht

---

1) Roth, a.a.O., S. 267
2) RGZ 21/148 (157).
3) Westermann in Seraphim, Vom Wesen der Genossenschaft, S. 93
4) Wieland II, S. 47/48.
5) Kaufmann in Sächs.Archiv 1912, S. 412.

der Gesetzgeber die Kapitalgesellschaften unabhängig von ihrer konkreten Gestaltung als Handelsgesellschaften an und unterwirft sie damit zugleich den besonderen Grundsätzen des Handelsrechts [1]. Die Sicherheit des Handelsverkehrs verlangt aber, daß die Haftungssubstanz den Gläubigern erhalten bleibt. Es muß daher ausgeschlossen werden, daß durch einen Austritt die Mitgliedschaft und damit die Einlagepflicht aufgehoben wird [2]. Die Fesselung des Haftungskapitals wird deshalb dadurch gewährleistet, daß eine Lösung nur durch Übertragung des Kapitalanteils gesetzlich möglich ist: Der Veräußerer wird zwar von der gesellschaftlichen Bindung befreit, die Mitgliedschaft, die in dem Anteil verkörpert ist, bleibt jedoch erhalten.
§ 3 Abs. 2 GmbHGes und § 55 AktG gestatten jedoch, durch die Satzung den Gesellschaftern neben der Leistung von begrenzten Kapitaleinlagen weitergehende mitgliedschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen. Diese Nebenleistungspflichten, deren Zulässigkeit erst die Kapitalgesellschaften für eine Kartellbindung verwendbar macht, sind ihrem Inhalt nach gesetzlich nicht festgelegt; in ihrer konkreten Ausgestaltung können sie von Sachleistungen bis zu individuellen Dienstleistungen und höchstpersönlichen Unterlassungspflichten reichen. Bei den Kartellen sind die Nebenleistungspflichten notwendigerweise persönlicher Natur. Denn die Verpflichtung zur Einhaltung von Wettbewerbsbeschränkungen, die den typischen Inhalt der Kartellvereinbarungen bilden, beziehen sich gerade auf die individuelle Gestaltung des Mitgliederkreises und können nur in der Person der Gesellschafter

---

1) § 3 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHGes.; § 6 Abs. 2 HGB.
2) Würdinger, Aktienrecht, S. 39

verwirklicht werden. Der Kartellzweck erfordert schon in seiner allgemeinen gesetzlichen Ausprägung, der Marktbeeinflussung durch Beschränkung des gegenseitigen Wettbewerbs, daß die Beteiligten auch dann in ihrer Person und persönlichen Betätigung gebunden sind, wenn das Kartell als Kapitalgesellschaft organisiert ist [1]. Durch die satzungsmäßige Einführung von Nebenleistungspflichten, insbesondere aber durch deren Verwendung zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung, wird daher der Unterschied zwischen der rein individualistischen Organisation der Personalgemeinschaften und dem streng unpersönlichen Aufbau der Kapitalgesellschaften verwischt. Zwar verlieren AG und GmbH auch unter dem Einfluß der Nebenleistungspflichten formell betrachtet ihren kapitalistischen Charakter nicht : Organisationselement ist rein äußerlich weiterhin das "vereinigte Kapital"; ebenso bilden auch die einzelnen Kapitaleinlagen Grundlage der jeweiligen Mitgliedschaft. Gegenüber dieser Wahrung der äußeren Form vollzieht sich jedoch bei der Nebenleistungsgesellschaft im internen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter eine Abweichung vom streng kapitalistischen Prinzip und damit eine Annäherung an die Individualgesellschaft [2]. Durch die Nebenleistungspflichten wird eine direkte persönliche Heranziehung der Mitglieder erreicht und folglich eine unmittelbare Bindung der Einzelpersönlichkeit hergestellt. Neben diesem persönlichen Einsatz der Mitglieder spielen gerade bei der Kartell GmbH und -AG die Kapitaleinlagen nur eine untergeordnete Rolle : Während das Schwergewicht der Mitgliedschaft

---

1) Brodmann in Ehrenbergs Handbuch IV, 2.Abt., S.191

2) Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3.Abt., S.339; Schwalbe, S. 47; Wieland II , S. 175.

auf den als Nebenleistungspflichten begründeten Kartellpflichten liegt, werden die Einlagepflichten den Gesellschaftern häufig nur deshalb auferlegt, weil sie die gesetzlich vorgeschriebene Organisationsgrundlage bilden [1]. Für die Erfüllung des Kartellzweckes interessieren die Mitgliedschaftspflichten nicht wegen ihres anonymen Verkehrswertes, sondern wegen der persönlichen Bindung der Gesellschafter.
Auf eine derartige personelle Gestaltung der Mitgliedschaft passen die gesetzlichen Regelungen der Lösungsmöglichkeiten für AG und GmbH nicht. Denn diese Regelung ist allein auf die grundsätzlich rein kapitalistisch-unpersönliche Beteiligung zugeschnitten; sie trägt daher dem Gedanken einer individuellen Eingliederung in die Kapitalgesellschaft in keiner Weise Rechnung [2]. Zwar sieht auch das Recht der Kapitalgesellschaften, wie dargestellt, Möglichkeiten einer einseitigen Lösung der Gesellschafter vor. Die Befreiung von der gesellschaftlichen Bindung steht jedoch unter den Einschränkungen, die im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich sind [3]. Diesem Schutz der Haftungssubstanz gibt das Gesetz den Vorrang vor den Einzelinteressen der Mitglieder. Daher lehnte die Rechtsprechung anfänglich die Forderungen nach einem Austritts- bzw. Kündigungsrecht entsprechend der Regelung bei Personalgesellschaften für die Kapitalgesellschaften auch dann ab, wenn durch Nebenleistungspflichten der Mietgliedschaft ein von der grundsätzlichen Gestaltung völlig abweichender in-

---

1) Feine, a.a.O., S. 340; Brodmann in Ehrenbergs Handbuch, IV, 2. Abt., S. 391
2) Flechtheim, a.a.O., S. 96
3) Wieland II, S. 174

dividualistischer Inhalt gegeben wurde [1]. Obwohl bei Kartellen der selbständige Erwerbscharakter der Kapitalgesellschaften häufig völlig fehlt und das Gesellschaftskapital dadurch die eigentliche Kreditfunktion verliert [2], glaubte man dennoch, ein Kündigungsrecht mit Rücksicht auf die unbedingte Garantieaufgabe des Stammkapitals versagen zu müssen. Andererseits sind aber die Nebenleistungspflichten untrennbarer Bestandteil der Mitgliedschaft; auch sie mußten daher den gesetzlichen Beschränkungen unterworfen werden und folglich ebenso unkündbar sein wie das Gesellschaftsverhältnis [3]. Zum Ausgleich für das fehlende Austritts- bzw. Kündigungsrecht verwies die Rechtsprechung auf die Veräußerlichkeit der Kapitalanteile und speziell für Kartelle in Form der GmbH auf die Möglichkeit der Auflösungsklage gem. §§ 6o, 61 GmbHGes. Die Literatur versuchte daraufhin, der persönlichen Bindung wenigstens insofern Geltung zu verschaffen, als die Auflösung nicht nur aus objektiven, in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst liegenden Gründen zugelassen wurde, sondern auch aus wichtigen persönlichen Gründen. Zur Rechtfertigung dieser Ausweitung der Auflösungsgründe berief sich das Schrifttum auf § 6o Abs. 2 GmbHGes, wonach neben den gesetzlichen Auflösungsgründen weitere vereinbart werden können.
Bei einer persönlich geprägten Gestaltung der GmbH müsse die Zulassung persönlicher Auflösungsgründe stets als vereinbart angesehen werden. Hierzu bedürfe es jedoch keiner ausdrücklichen Feststellung

---

1) RGZ 73/429 (433); 1o8/2o (22); Schilling in Hachenburg, § 3, Anm. 26
2) Geiler in Düringer-Hachenburg II, 1 Anhang B, Anm. 387
3) RGZ 73/429 (433); 1o8/2o (23).

im Gesellschaftsvertrag; vielmehr könne eine solche Vereinbarung auch durch Auslegung der Satzung in Verbindung mit der Gestaltung der Gesellschaft gewonnen werden [1]. Besonders bei einer Kartell-GmbH sei eine solche stillschweigende Vereinbarung anzunehmen. Denn angesichts der schwerwiegenden und langjährigen Bindung durch die Nebenleistungspflichten sei ausgeschlossen, daß "die Mitglieder eines in Form einer GmbH gegründeten Kartells auf dieses Sicherheitsventil hätten verzichten und sich somit der Willkür der anderen oder auch nur dem Einfluß nicht vorhergesehener Veränderungen der Umstände hätten preisgeben wollen" [2].

Weder die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten noch ihre Erweiterung bieten aber bei einer persönlichen Verknüpfung der Mitglieder mit der Kapitalgesellschaft einen vollwertigen Ersatz für das fehlende Austritts- bzw. Kündigungsrecht : Die Veräußerung der Kapitalanteile kann sowohl bei der GmbH als auch bei der AG von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig ge-

---

1) Flechtheim, S. 97; Fischer in GmbH-Rundschau 1953, S. 136; Die Rechtsprechung (RGZ 67/204 (214); 79/418 (422) lehnte eine derartige Auslegung des GmbH-Ges. jedoch ab : Da nach § 60 Abs. 2 GmbHGes. die von der gesetzlichen Regelung abweichenden Auflösungsgründe formgerecht in der Satzung niedergelegt sein müssen, sei die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung nur zulässig, wenn in der Vertragsurkunde selbst konkrete Anhaltspunkte dafür erkennbar seien. Eine ergänzende Auslegung ohne entsprechende Hinweise in der Satzung widerspräche den Grundsätzen über die Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen.

2) Flechtheim, a.a.O., S. 97

macht werden. Da aber ein Ausscheiden von Mitgliedern aus dem Kartellverband eine Gefährdung des Gemeinschaftszwecks zur Folge haben kann, wird die Gesellschaft in der Regel ihre Zustimmung zur Übertragung versagen. Selbst wenn jedoch die Veräußerlichkeit der Anteile nicht beschränkt ist, wird eine Übertragung der Anteile häufig rein praktisch unmöglich sein. Denn die besondere Gestaltung der Nebenleistungspflichten, die als Bestandteil der Mitgliedschaft mit dem Anteil notwendig übertragen werden, verursacht erhebliche Schwierigkeiten, einen Erwerber zu finden. Gerade bei der Nebenleistungsgesellschaft versagt daher aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen in den meisten Fällen die Möglichkeit, sich durch Veräußerung seines Anteils von der gesellschaftlichen Bindung zu befreien. Auch die Auflösungsklage gemäß §§ 60, 61 GmbHGes. erscheint nicht geeignet, einen angemessenen Ausgleich für den Eingriff in die individuelle Sphäre der Gesellschafter zu bieten : Einmal gilt diese Lösungsmöglichkeit nur für Kartelle in Form der GmbH; dem Aktienrecht ist eine Auflösungsklage unbekannt. Zum anderen kann die Auflösungsklage nur von Gesellschaftern erhoben werden, die Geschäftsanteile in Höhe des mindestens zehnten Teils des Stammkapitals besitzen [1]. In jedem Fall führt jedoch sowohl die Auflösungsklage als auch die Auflösung aus persönlichen Gründen zur Vernichtung der Gesellschaft. Die völlige Aufhebung des

---

1) Allerdings wurde das Recht zur Auflösungsklage - wenigstens bei der Kartell-GmbH - vereinzelt auch den Mitgliedern zugestanden, deren Anteile nicht ein Zehntel des Stammkapitals erreichten. Geiler, S. 43; Staub-Hachenburg, Exkurs zu § 3, Anm. 11

gesellschaftlichen Bandes bedeutet aber gerade für Kartelle weit mehr als eine bloße Auflösung der Organisation; sie hat vielmehr meistens den endgültigen Verlust der marktbeherrschenden Position zur Folge. Diese schwerwiegenden Konsequenzen sind jedoch nicht gerechtfertigt, wenn der Auflösungsgrund nicht in dem gesellschaftlichen Verhältnis, sondern allein in der Person eines Gesellschafters liegt [1]. Die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten bei den Kapitalgesellschaften sind also im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse bei der Nebenleistungsgesellschaft nicht ausreichend, da sie einen Austritt gegen den Willen der Korporation erschweren bzw. ganz ausschließen. Unlösbare Bindungen sind aber mit den engen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Mitglied und mit der Fesselung der Person des einzelnen nicht vereinbar, wenn die Gestaltung der Leistungspflichten deren Tragweite nicht überblicken läßt und die persönliche Bindung sich dadurch bei einer Veränderung äußerer oder persönlicher Umstände zu einer unzumutbaren Belastung entwickeln kann. Dieser Gedanke gilt in besonderem Maße für Kartellnebenleistungsgesellschaften. Denn die Kartellpflichten binden die Mitglieder in ihrer wirtschaftlichen Freiheit. Gerade wirtschaftliche Situationen und insbesondere Marktverhältnisse sind naturgemäß ständigen Veränderungen unterworfen, die eine Berücksichtigung sämtlicher Entwicklungsmöglichkeiten bei Festlegung der Mitgliedschaftspflichten ausschließen. Eine unbedingte und unlösliche Bindung der Kartellmitglieder birgt daher die Gefahr in sich, daß bei schwerwiegenden Veränderungen durch den Zwang der Weitererfüllung der Vertragspflichten die

---

1) BGHZ 9/157 (158).

wirtschaftliche Existenz vernichtet wird. Es muß deshalb den Kartellmitgliedern auch dann die Möglichkeit einer einseitigen Lösung von der Gesellschaft gewährt werden, wenn das Kartell als Kapitalgesellschaft organisiert ist.

Die Literatur hat deshalb - zunächst nur für Kartelle - eine Lösbarkeit gegen den Willen der Korporation auch bei den Nebenleistungen gefordert. Denn das Gesetz gestatte einerseits, die Gesellschafter - abweichend von der normalen Gestaltung der Kapitalgesellschaften - auch in ihrer Person und wirtschaftlichen Existenz an die Gemeinschaft zu binden und nicht von vornherein überschaubare Verpflichtungen aufzuerlegen. Dann dürfe aber den Gesellschaftern auf der anderen Seite ein Austritts- oder Kündigungsrecht nicht deshalb verwehrt werden, weil dem nur auf unpersönliche Bindungen zugeschnittenen Gesetz ein derartiges Recht fremd ist. Wenn die Kartellpflichten zu einer Beschränkung der persönlichen und gewerblichen Freiheit führen könnten, so erfordere die innere Struktur der Gesellschaft eine einseitige Lösbarkeit. Hinter dieser Forderung müsse die zufällig gewählte äußere Organisationsform zurücktreten; denn die äußere Form dürfe nicht über die Bedürfnisse der inneren Struktur siegen [1]. Deshalb sei jedenfalls bei den Kapitalgesellschaften, deren Mitgliedern Kartellnebenleistungspflichten auferlegt sind, ein Kün-

---

1) Brodmann in Ehrenbergs Handbuch IV, 2. Abt., S. 191.

digungsrecht anzuerkennen [1]. Diese Kündbarkeit sei ein notwendiges Gegengewicht zu den Kartellpflichten, und somit jedem Kartell unabhängig von seiner Rechtsform immanent [2]. Dabei wurde jedoch anerkannt, daß das Ausscheiden aus der Kartellgemeinschaft nicht in das Belieben der Gesellschafter gestellt werden könne. Vielmehr sei das Schutzbedürfnis des einzelnen gegen das Interesse der Mitgesellschafter und das der Gesellschaftsgläubiger an dem Verbleiben des Mitgliedes abzuwägen. Denn auch in den Fällen, in denen eine Gesellschaft nicht ipso iure durch die Kündigung aufgelöst wird, bestände gerade bei Kartellen die Gefahr, daß die Organisation infolge des Ausscheidens auseinanderfällt. Diese Interessenabwägung erfolge dadurch, daß ein Kündigungsrecht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zuzubilligen sei [3].

---

1) Für die GmbH: Brodmann, a.a.O., Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3. Abt., S. 354; Schwalbe, S. 28; Flechtheim, S. 97; Hämmerle, Handelsrecht II, S. 752.
Für die AG: Wieland II, S. 51/175; Fischer in Ehrenbergs Handbuch III, 1. Abt., S. 384; Schwalbe, S. 47; Gschnitzer in IheringsJ Band 76, S. 359.

2) Flechtheim, S. 44/97.

3) Schwalbe, S. 4; Kaufmann (Sächs. Archiv 1912, S. 419/2o) räumte in analoger Anwendung des § 723 BGB ein jederzeitiges Kündigungsrecht auch ohne wichtigen Grund ein, wenn der Kartellvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde.
Dagegen: Flechtheim, S. 291

Nachdem der Gesetzgeber in § 8 KVO für alle Kartelle die Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen hatte, erkannte das Reichsgericht entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung an, daß auch Kartelle in Form der GmbH aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden können [1]. Später billigte das Reichsgericht diese Kündigungsbefugnis auch bei den Nebenleistungsgesellschaften mbH zu, bei denen die Sonderleistungen nicht kartellrechtlicher Natur sind [2]. Zur Begründung führte das Reichsgericht aus, daß dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Nebenleistungsverpflichtungen - unabhängig von ihrem jeweiligen Rechtscharakter - sachlich auf eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter hinauslaufen können. Würde in derartigen Fällen die Möglichkeit einer einseitigen Befreiung von dieser Haftung grundsätzlich auch dann verwehrt, wenn eine sonstige Lösungsmöglichkeit nicht besteht, so wäre das Ergebnis eine "ewige Bindung" an die Gemeinschaft. Eine solche unlösbare Bindung zu fortlaufenden Leistungen oder dauernden Unterlassungen sei jedoch mit den Grundgedanken des heutigen Rechts unvereinbar [3].

---

1) RGZ 114/212 (214); 125/114 (116).

2) RGZ 125/1 (15).

3) In der Literatur wurde vereinzelt ein Kündigungsrecht ohne Rücksicht auf Nebenleistungspflichten für jede GmbH gefordert, welche die wirtschaftliche Existenz ihrer Mitglieder ernstlich gefährdet. Denn es seien Fälle denkbar, daß auch die Kapitalleistungspflicht unerträglich werden könne. Dabei wurde jedoch eingeräumt, daß bei reiner Kapitalbeteiligung selten ein wichtiger Grund gegeben sein werde.
Scholz, GmbH-Rundschau 1931, S. 161 ff.
Schwalbe, S. 33/34; Molitor, S.264; Schmidt in Hachenburg, § 34 GmbHGes., Anm. 186, S. 165.

Damit hatte die Rechtsprechung die Forderungen des Schrifttums nach einem außerordentlichen Kündigungsrecht zunächst nur für Nebenleistungsgesellschaften in Form der GmbH anerkannt. Bereits in Band 13o, S. 365 (378) dehnte das Reichsgericht diese Kündigungsbefugnis auch auf rechtsfähige Vereine aus, bei denen nach der gesetzlichen Regelung ebenfalls ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund fehlt. Ausgehend von dem in RGZ 125 entwickelten Grundsatz erkannte das Reichsgericht als "leitenden Gedanken des bürgerlichen und Handelsrechts an, daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis dann vor Ablauf der festgesetzten Zeit gelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". Dieser Gedanke habe auch für das Vereinsrecht Gültigkeit. Schließlich stellte das Reichsgericht im 15o. Band, S. 193 (199) den allgemeinen Rechtsgrundsatz auf, daß Rechtsverhältnisse von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten erfordern, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit gekündigt werden können. Die Kündigung sei zuzulassen, wenn die Durchführung des Vertrages dem Kündigenden nicht mehr zumutbar sei. Mit dieser Entscheidung bejahte das Reichsgericht die Forderungen der Literatur nach einem allgemeinen Kündigungsrecht auch für die Gesellschaftsformen, bei denen nach der gesetzlichen Regelung eine solche einseitige Lösungsmöglichkeit nicht gegeben ist [1]. Damit war der oben dargestellte Konflikt zwischen der Versagung eines gesetzlichen Austrittsrechts und der persönlichen, in die wirtschaftliche Existenz der Ge-

---

1) Molitor, S. 263/64.

sellschafter eingreifenden Bindung an die Korporation jedenfalls dem Grunde nach gelöst [1].

Zwar war damit auf der Grundlage des § 8 KVO das Recht zu einer einseitigen Befreiung von der Kartellbindung in Gestalt eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund für alle Gesellschaftsformen einheitlich gewährt worden. Der Weg, auf dem diese Lösung vollzogen wurde, also Durchführung und Wirkung der Kündigung war jedoch von Organisationsform zu Organisationsform verschieden : Rechtsprechung und Schrifttum gingen davon aus, daß der Gesetzgeber das einheitliche Kündigungsrecht des § 8 KVO nur wegen der Kartellbindung gegeben habe. § 8 KVO betreffe daher unmittelbar nur die Befreiung von der Kartellbindung selbst. Das Gesellschaftsrecht habe dagegen von der KVO nicht berührt und die Lösung der gesellschaftsrechtlichen Bindungen nicht geregelt werden sollen [2]. Andernfalls hätte der Gesetzgeber auch in der KVO selbst auch über die Durchführung und Wirkung der Kündigung entsprechende Bestimmungen treffen müssen [3]. Daraus, daß die Voraussetzungen der Kündigung für alle Kartellrechtsformen gleich geregelt seien, dürfe nicht gefolgert werden, daß auch die Rechtsfolgen einheitlich sein müßten. Dem Schweigen der KVO über die Kündigungsfolgen könne vielmehr nur entnommen werden, daß für die Frage des Ausscheidens aus der Gemeinschaft nach erfolgter Kündigung allein die gesellschaftsrechtlichen Be-

---

1) Kaufmann in Sächs. Archiv 1912, S. 412
2) RGZ 114/212 (216); Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3. Abt., S. 355
3) Schlauske, S. 35

stimmungen maßgeblich sind [1]. Die Wirkungen einer Kündigung auf die Mitgliedschaft richteten sich deshalb nach den Vorschriften, die bei den einzelnen Gesellschaftsformen für eine Kündigung bzw. einen Austritt allgemein gegeben sind.

Demnach hätte die Kündigung bei einem Kartell in Form der BGB-Gesellschaft nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft und damit des gesamten Kartells zur Folge. Diese Kündigungswirkung würde jedoch nach übereinstimmender Ansicht den besonderen Verhältnissen der Kartelle, die zur Erreichung ihrer marktwirtschaftlichen Ziele auf einen größtmöglichen Bestandschutz angewiesen sind, widersprechen. Entsprechend § 736 BGB wurde daher angenommen, daß die Kartellgesellschaft in jedem Fall trotz der Kündigung eines Mitglieds unter den übrigen fortbestände. Dies müsse selbst dann gelten, wenn eine Fortsetzung nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vereinbart sei. Denn gerade bei Kartellen entspräche dies regelmäßig dem Parteiwillen. Deshalb sei die Fortsetzungsvereinbarung aus der Kartelleigenschaft, also aus dem Gesellschaftszweck, als stillschweigende Vertragsbestimmung zu entnehmen [2]. Die Kündigung führe daher lediglich zum Ausscheiden des betreffenden Mitglieds, lasse aber den Bestand des Kartells unberührt. Nach § 738 BGB wachse der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern an; ferner habe eine Auseinandersetzung zu er-

---

1) Isay-Tschierschky, § 8 Anm.6o; Tiemann, S. 57/58; Callmann, Das deutsche Kartellrecht, S.6o9; Kisselstein, in Kartell-Rundschau 1928, S. 276
2) Isay-Tschierschky, § 8, Anm.2; Flechtheim, S.264; Geiler in Düringer-Hachenburg II, 1, Anhang B, Anm. 4o5; Eger "Das Recht der deutschen Kartelle", S.1o7.

folgen.
Für den rechtsfähigen und den nicht rechtsfähigen Verein bestimmen sich die Rechtsfolgen der Kündigung nach § 39 BGB. Danach scheidet das Mitglied mit der Kündigung automatisch auch aus der Kartellgemeinschaft aus, das Kartell selbst bleibt bestehen. Im Vereinsstatut kann allerdings gemäß § 39 Abs. 2 BGB das Austrittsrecht durch die Vereinbarung einer Kündigungsfrist beschränkt werden, womit ein sofortiges Ausscheiden verhindert würde. Hier sollte jedoch im Falle einer Kartellkündigung eine solche satzungsmäßige Austrittsbeschränkung durch § 8 KVO aufgehoben und die Rechtsfolge der gesetzlichen Regelung wiederhergestellt werden [1]. Die Kündigung nach § 8 KVO sollte demnach auch bei Kartellvereinen stets eine sofortige Beendigung der Mitgliedschaft selbst bei abweichender Satzungsbestimmung zur Folge haben.
Bei Kartellen in Form der BGB-Gesellschaft und der Vereine war es unproblematisch, für die Durchführung der Kündigung nach § 8 KVO auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu verweisen. Denn bei diesen Korporationen waren die Rechtsfolgen einer unbefristeten einseitigen Lösung bereits vor Inkrafttreten der KVO gesetzlich festgelegt; die Kartellkündigung brauchte also lediglich als neue Lösungsvoraussetzung in das bestehende System eingefügt zu werden. Konstruktive Schwierigkeiten mußten jedoch bei den Gesellschaftsformen auftreten, denen eine Kündigung bzw. Austritt mit sofortiger Wirkung fremd ist und bei denen deshalb entsprechende Vorschriften für Durchführung und Rechtsfolgen fehlen. Infolge ihrer generellen Verwei-

---

1) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 6o;
Callmann, S. 523; Schmitz, Diss., S. 3o.

sung auf die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts waren Rechtsprechung und Schrifttum gezwungen, auch bei diesen Gesellschaftstypen die Wirkungen der Kartellkündigung allein nach dem Recht der jeweiligen Organisationsform zu gestalten. Da § 8 KVO hier aber nicht in ein bereits gegebenes System einer außerordentlichen Lösung von der Gemeinschaft eingegliedert werden konnte, mußte versucht werden, durch Verwendung sonstiger Lösungsmöglichkeiten einen der fristlosen Kündigung möglichst ähnlichen Rechtserfolg zu erzielen :

Bei der Kartellgenossenschaft wurden dafür die Vorschriften über die Aufkündigung, §§ 65, 69, 7o GenG, herangezogen. Nun gestattet zwar die Aufkündigung eine Lösung von der Genossenschaft. Eine sofortige Beendigung konnte die Kündigungserklärung danach jedoch auch bei Kartellen nicht zur Folge haben. Denn da für die Kündigungswirkung ausschließlich das Genossenschaftsgesetz maßgeblich sein sollte, mußte auch bei einer Kündigung nach § 8 KVO das Ausscheiden aus dem Kartell entsprechend § 7o Abs. 2 GenG von der Eintragung in die gerichtliche Liste der Genossen abhängen. Darüber hinaus war die Beendigung der Mitgliedschaft nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt, sondern nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist des § 65 Abs. 2 GenG zulässig [1]. Um jedoch dem Ziel des § 8 KVO, fristlose Befreiung von der Kartellbindung, Geltung zu verschaffen, sollte die Kündigung wenigstens die kartellmäßige Bindung mit sofortiger Wirkung erlöschen lassen [2].

1) RGZ 151/139 (152).
2) RGZ " S. 151; v. Brunn, S. 116.

Die Mitgliedschaft mußte demnach mitsamt den übrigen genossenschaftlichen Pflichten trotz der Kartellkündigung zunächst fortbestehen. Sie sollte aber zugleich mit der Kündigung der Kartellbindung ebenfalls als gekündigt gelten, und zwar zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Aufkündigung unter Beachtung der gesetzlichen Mindestfrist noch zulässig gewesen wäre. Die Einhaltung einer längeren satzungsmäßigen Kündigungsfrist sei dagegen nicht zu fordern, um die Unzuträglichkeiten einer weiteren Zugehörigkeit des kartellfrei gewordenen Mitgliedes zur Kartellgemeinschaft möglichst zu verringern [1]. Bis zum endgültigen Ausscheiden sollten die genossenschaftlichen Pflichten ruhen; allerdings sollte dies nicht soweit gehen, daß auch etwaige Einzahlungspflichten auf den Geschäftsanteil oder aus einer Inanspruchnahme auf Grund der Haftsumme und die Verpflichtung zur anteiligen Deckung eines Fehlbetrags ruhen sollten. Den aus dem genossenschaftlichen Verhältnis erwachsenden Zahlungspflichten könne sich der Kündigende während der Zugehörigkeit zur Genossenschaft keinesfalls entziehen [2].

Auch bei der GmbH sollte die Kündigung kein sofortiges Ausscheiden aus der Gesellschaft bewirken [3].

---

1) RGZ 151/139 S. 153/154

2) RGZ 151/139 (154/155)

3) RGZ 114/212 (216); Isay-Tschierschky, § 8 KVO, Anm. 6o; Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3. Abt. S. 358; Tiemann, S. 57; Flechtheim in Kartellrundschau 1927, S. 57 ff. "Die Kündigung eines Kartells in Form der Nebenleistungs-GmbH", S. 57.

Die Mitgliedschaft ist bei der GmbH an die Kapitalbeteiligung gebunden. Da aber das GmbHGes. mit Rücksicht auf die Erhaltung des Stammkapitals eine einseitige Aufgabe der Beteiligung nicht kennt, sollte auch durch die Kartellkündigung der Geschäftsanteil nicht berührt werden [1]. Bei der geforderten Beschränkung auf die Vorschriften des GmbHGes. und deren wortgetreuer Anwendung auf die Durchführung der Kündigung mußte es deshalb ausgeschlossen sein, daß die Mitgliedschaft automatisch mit der Kündigungserklärung erlischt. Unmittelbare Rechtsfolge der Kartellkündigung sollte vielmehr nur das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und Pflichten sein. Denn damit werde das kündigende Mitglied zugleich von der Kartellbindung befreit und folglich dem primären Zweck des § 8 KVO Genüge getan [2]. Die mitgliedschaftlichen Pflichten sollten jedoch nur insoweit ruhen, als sie nicht der Erhaltung des Stammkapitals und dem Gläubigerinteresse dienen. Die Pflicht zur Volleinzahlung auf den Geschäftsanteil gemäß § 19 GmbHGes., die Haftungspflicht nach § 22 GmbHGes., die Deckungspflicht nach §§ 24 und 31 Abs. 3 GmbHGes. sowie die Verpflichtung zur Rückzahlung gemäß § 31 Abs. 1 GmbHGes. blieben demnach trotz der Kündigung unverändert bestehen [3]. Im übrigen

---

1) Tiemann, S.57

2) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 6o; Tiemann, S.59; Schwalbe, S.35; Dabei wurde allerdings offengelassen, ob die eigentlichen Kartellpflichten völlig und mit sofortiger Wirkung erlöschen oder ebenfalls nur ruhen sollten.

3) Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3.Abt., S.359; Schwalbe, S. 35; Flechtheim, a.a.O., S. 62

sollte der kündigende Gesellschafter weder zum Besuch der Gesellschaftsversammlung, noch zur Abstimmung, noch zur Benutzung der Kartelleinrichtungen und -vergünstigungen berechtigt sein; auch am Gewinn sollte er nicht teilnehmen [1]. Eine Fortdauer der Mitgliedschaft wäre jedoch mit der Befreiung von der Kartellbindung unvereinbar [2]. Denn nur die Kartellpflichten bilden die eigentliche Grundlage für die Zusammenfassung der Kartellmitglieder in der GmbH. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist bei einem solchen Aufbau der gesamten, die gesellschaftliche Organisation und den Kartellvertrag umfassenden Rechtsverhältnis die Zugehörigkeit zur GmbH ohne die Sonderleistungspflicht schlechthin unmöglich. Wer aus dem Kartell herauswolle, könne nicht Gesellschafter bleiben [3]. Die erforderliche Beendigung der gesellschaftlichen Bindungen sollte sich allerdings allein nach den Vorschriften und Grundsätzen des GmbH-Rechts vollziehen [4]. Danach könne der Kündigende von seiner kapitalistischen Beteiligung, also der Mitgliedschaft, nur durch die Gesellschaft selbst befreit werden [5]. Andererseits mußte, wenn danach schon ein automatisches Ausscheiden ausgeschlossen war, ein Weg gefunden werden, der auch bei Wahrung der Bestimmungen des GmbHGes. wenigstens eine alsbaldige Lösung von der

---

1) Feine in Ehrenbergs Handbuch, III, Abt. 3, S.359.

2) RGZ 114/212 (217).

3) RGZ a.a.O.; Schilling in Hachenburg, Anhang I, Anm. 3 zu § 3.

4) Feine, a.a.O., S. 358

5) Schwalbe, S. 36

Gesellschaft ermöglichte. Dieser Weg wurde von der überwiegenden Meinung in der Einziehung des Geschäftsanteils gem. § 34 GmbHGes gesehen [1]. In der Kündigungserklärung läge das Angebot an die Gesellschaft, den Anteil einzuziehen [2]. Nur so könne die Erklärung bei der Verknüpfung von Kartell- und Gesellschaftsverhältnis verstanden werden; ein abweichender Wille des Kündigenden müsse demgegenüber unbeachtlich bleiben. Damit ist einmal die nach § 34 Abs. 2 GmbHGes. notwendige Zustimmung des Anteilsberechtigten zur Einziehung gegeben. Zwar ist die Amortisation auch bei Vorliegen dieses Einverständnisses gemäß § 34 Abs. 1 GmbHGes. weiterhin nur statthaft, wenn sie in der Satzung zugelassen wird. Durch § 8 KVO werde aber ein neuer Anwendungsfall des § 34 GmbHGes geschaffen. Die Kartellkündigung bilde eine selbständige Voraussetzung für die Einziehung und ersetze damit die normalerweise erforderliche Zulassung durch den Gesellschaftsvertrag [3]. Die im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zur Erhaltung des Stammkapitals erlassenen Vorschriften könnten dagegen auch durch die KVO nicht ausgeschaltet werden [4]. Die Einziehung sei deshalb

---

1) RGZ 114/212 (218); 125/114 (118); Isay-Tschierschky, § 8 Anm. 6o; Tiemann, S. 58. Nach Auffassung des Reichsgerichts war die Einziehung überhaupt die einzige Möglichkeit, nach den Vorschriften des GmbHGes. ein Ausscheiden herbeizuführen. Andere (Flechtheim in Kartellrundschau 1927, S. 51 ff; Schwalbe, S. 38; Feine, a.a.O.) verweisen daneben noch auf die Möglichkeit der Übertragung des Anteils an die GmbH oder an Dritte.

2) Schilling in Hachenburg, Anhang I, Anm. 3 zu § 3.

3) RGZ 114/212 (218). Flechtheim in Kartellrundschau 1927, S.59; Schwalbe, S. 35; Brodmann, GmbHG, S.29; Isay-Tschierschky, § 8 Anm. 6o; Tiemann, S. 58.

4) Flechtheim in Kartellrundschau 1927, S. 6o.

trotz zulässiger Kündigung nicht möglich, wenn der Anteil noch nicht voll bezahlt ist. Da durch die Amortisation sämtliche Rechte und Pflichten untergehen, bedeute die Einziehung eines nicht vollbezahlten Geschäftsanteils den Erlaß der rückständigen Einlage [1]. Ein derartiger Erlaß würde aber gegen die zwingende Vorschrift des § 19 Abs. 2 GmbHGes. verstoßen. Vor der Einziehung müßte also eine noch ausstehende Stammeinlage entweder durch den Kündigenden selbst oder die übrigen Gesellschafter eingezahlt werden; andernfalls sei die Amortisation nur möglich, wenn gleichzeitig eine Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHGes. erfolge. Das Entgelt, welches die Gesellschaft für den eingezogenen Anteil zu bezahlen habe, dürfe nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen genommen werden. Das folge aus § 3o Abs. 1 GmbHGes., der über § 34 Abs. 3 GmbHGes. auch bei einer Amortisation infolge Kündigung zu beachten sei. Falls die Gesellschaft also über keine Reserven verfüge, so könne selbst ein vollbezahlter Anteil nur dann eingezogen werden, wenn das Stammkapital herabgesetzt wird und dadurch die erforderlichen Mittel für die Entschädigung des Ausscheidenden freigemacht werden [2]. Die GmbH sei zur Einziehung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die gesellschaftlichen Bindungen nach der Kündigung alsbald aufzuheben [3]. Zögere die GmbH die Einziehung unangemessen lange hinaus oder unterbleibe diese völlig, so könne das kündigende Mit-

---

1) Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm. 17.

2) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 6o; Schwalbe, S. 38; Flechtheim in Kartell-Rundschau 1927, S. 6o.

3) Dilthey, Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen, S. 41/42.

glied nach § 61 GmbHGes auf Auflösung der Gesellschaft klagen. Das Ruhen seiner Rechte als Gesellschafter stelle einen wichtigen Grund dar, der in den Verhältnissen der Gesellschaft liegt [1]. Dieses Klagerecht stehe auch den Gesellschaftern zu, deren Anteile nicht 1o% des Stammkapitals ausmachten. Denn das Mitglied erwerbe mit der Kündigung ein unbedingtes Recht, aus der Gesellschaft auszuscheiden, das letzten Endes mit der Auflösungsklage durchzusetzen sein müsse [2].

Für die Aktiengesellschaft ist die Frage nach den Rechtsfolgen der Kündigung wegen der seltenen Verwendung dieses Gesellschaftstypes für Kartelle kaum erörtert worden. Soweit jedoch die Wirkungen der Kündigung auch hinsichtlich dieser Kartellrechtsform untersucht wurden, ist die Ansicht vertreten worden, daß hierfür die gleichen Grundsätze gelten wie bei der GmbH [3]. Bei der AG sollte demnach die Kartellkündigung ebenfalls keine unmittelbare Beendigung der Mitgliedschaft, sondern lediglich das Ruhen der Nebenleistungspflichten zur Folge haben. Das Ausscheiden des kündigenden Mitgliedes sollte sich in gleicher Weise vollziehen, wie sie das Reichsgericht für die Kartell-GmbH vorgezeichnet hat. In der Kündigungserklärung sei das Angebot des Gesellschafters an die Gesellschaft zu sehen, ihr seine Aktien zu einem entsprechenden Preis zu überlassen [4]. Zur Übernahme

---

1) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 6o

2) RGZ 125/114 (118), Dilthey, a.a.O., S. 42; Schilling in Hachenburg, Exkurs zu § 3, Anm. 11; Tiemann, S. 58/6o; Schwalbe, S.4o; Kisselstein in Kartell-Rundschau 1928, S. 283.

3) Callmann, S. 616; Schwalbe, S. 47.

4) Schwalbe, S. 48.

und Einziehung der Aktien sei die AG nach erfolgter Kündigung verpflichtet.Im übrigen sei das Einziehungsverfahren der besonderen Rechtslage anzupassen [1].

Bei Kartellen in Form der Doppelgesellschaft ist zu beachten, daß die Kartellbindung allein in der Zugehörigkeit zu der BGB-Gesellschaft bzw. der als nichtrechtsfähigem Verein organisierten Grundgesellschaft begründet ist, während die Mitgliedschaft in der als GmbH oder AG gebildeten Organgesellschaft trotz wirtschaftlichen Zusammenhanges beider Gesellschaften rechtlich selbständig neben dem Kartellrechtsverhältnis besteht. Nach herrschender Ansicht sollte die Kartellkündigung also unmittelbar nur das Mitgliedschaftsverhältnis in der Grundgesellschaft berühren [2]. Entsprechend den für die BGB-Gesellschaft und den Verein entwickelten Grundsätzen sollte der kündigende Gesellschafter hier nicht nur sofort von der Kartellbindung befreit werden, sondern zugleich automatisch aus der Grundgesellschaft ausscheiden. Die Mitgliedschaft in der Organgesellschaft bleibe dagegen von der Kündigung zunächst unberührt. Andererseits finde diese Mitgliedschaft ihre Rechtfertigung allein in der Kartellbindung und damit in der Zugehörigkeit zu der Grundgesellschaft. Mit einer derart engen Zweckverknüpfung sei es aber nicht vereinbar, wenn das Mitgliedsverhältnis mit der AG bzw. GmbH als Hilfsorgan des Kartells fortbestände, nachdem die Bindungen zu dem Kartell selbst erloschen sind [3].

---

1) Callmann, S. 616.

2) Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Anhang B, Anm. 4o5; Callmann, S. 616; Eger, S.1o7; Hauf, S. 4o; Held, S.118; Schilling in Hachenburg, Anhang II zu § 3 Anm. 26;

3) Tiemann, S. 53; Kreismann, Umfang und Wirkung der Kündigung aus § 8 KVO, Diss., S. 42/43

Bei der Doppelgesellschaft sei daher jedes Mitglied verpflichtet, im Falle der Kartellkündigung auch die Rechtsbeziehungen zu der Organgesellschaft zu lösen. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung müsse der Kartellvertrag nach Treu und Glauben dahin ausgelegt werden, daß diese Verpflichtung als stillschweigend vereinbart gilt [1]. Die Beendigung der AG- bzw. GmbH-Mitgliedschaft vollziehe sich dadurch, daß der kündigende Gesellschafter seine Aktien oder Geschäftsanteile an die Gesellschaft oder einen von dieser zu bestimmenden Mitgesellschafter bzw. Dritten gegen angemessenes Entgelt abtritt [2]. Dabei stehe ihm auch ein Anspruch auf Abnahme zu [3]. Allerdings könne ein solcher Anspruch auf die Abnahme von Gesellschaftsanteilen grundsätzlich nur gegen die übrigen Kartellmitglieder geltend gemacht werden. Die Organgesellschaft selbst könne dazu nicht verpflichtet werden, weil darin eine unzulässige Rückforderung der Einlage zu sehen wäre [4].

Die Beschränkung auf die vorgegebenen gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten hatte also zur Folge, daß die Kartellkündigung lediglich bei der BGB-Gesellschaft und bei den Vereinen zugleich auch das Erlöschen der Mitgliedschaft bewirkte; denn nur bei die-

---

1) Isay-Tschierschky, § 8 KVO, Anm. 6o; Geiler in Düringer-Hachenburg, II 1, Anhang B, Anm. 4o5; Tiemann, S. 53/54; Kreismann, S. 43.

2) Tiemann, S. 54.

3) Eger, S. 1o7; a.A. Tiemann, S.54, der ein generelles Recht auf Abnahme verneint.

4) Geiler in Düringer-Hachenburg II 1, Anhang B, Anm. 4o5; Hauf, S. 42

sen Gesellschaftsformen ist auch nach allgemeinem Recht die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung bzw. eines sofortigen Austritts durch einseitige Erklärung eines Mitglieds gegeben. Bei den übrigen Kartellrechtsformen konnte sich der kündigende Gesellschafter dagegen durch die Kündigungserklärung allein von der Kartellbindung, nicht aber auch von der mitgliedschaftlichen Bindung befreien; mangels entsprechender Lösungsrechte war hier ein Ausscheiden aus dem Kartellverband nur durch die Mitwirkung der Gesellschaft möglich.

C. Die Kündigung der Kartellverträge nach § 13 GWB

I. Die Verfälschung des Kündigungsrechts

Im Schrifttum zum GWB nimmt die Untersuchung über die Problematik der Kündigungswirkung bei weitem nicht den Raum ein, der ihr für die Kündigung nach § 8 KVO gegeben wurde. Soweit sich die neuere Kartellrechtsliteratur jedoch mit dieser Frage auseinandersetzt, werden überwiegend die zu § 8 KVO gewonnenen Ergebnisse für das GWB übernommen : Auch bei § 13 GWB soll die Wirkung der Kündigung zwar hinsichtlich des Kartells selbst bei allen Rechtsformen dergestalt einheitlich sein, daß der Bestand des Zusammenschlusses unberührt bleibt; die Wirkung auf die Mitgliedschaft des kündigenden Gesellschafters soll dagegen je nach der gewählten Organisationsform unterschiedlich sein. Insoweit sollen sich die Rechtsfolgen der Kündigungserklärung auch bei den Kartellen des GWB allein aus dem Organisationsrecht des jeweiligen Gesellschaftstyps ergeben; ein Ausscheiden aus dem Kartellverband soll hier ebenfalls nur im Rahmen und nach Maßgabe der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten der ein-

zelnen Rechtsformen zulässig sein [1].

---

1)So jedenfalls Müller-Henneberg, § 13 Anm.16-19, und Held, S.52,6o,65,68,96,119, nach denen die Kündigung nach § 13 GWB bei Kartellen in Form der BGB-Gesellschaft zu einem sofortigen Ausscheiden des betreffenden Mitglieds führt, sofern nicht die Gesellschaft mangels Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel überhaupt aufgelöst wird. Bei rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Kartellvereinen soll die Kündigung als Austrittserklärung wirken und damit ebenfalls die sofortige Beendigung der Mitgliedschaft zur Folge haben. Bei der Kartellgenossenschaft soll dagegen mit der Kündigung nur die Kartellbindung mit sofortiger Wirkung erlöschen, die Mitgliedschaft aber erst zu dem nach § 65 Abs. II, S.2 GenG nächstmöglichen Zeitpunkt, wobei bis dahin alle nicht-kartellmäßigen Rechte und Pflichten des Kündigenden ruhen sollen. Auch bei der Kartell-GmbH soll die Kündigung nach § 13 GWB unmittelbar nur die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten suspendieren, ohne zugleich zu einem sofortigen automatischen Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters zu führen; dies soll erst durch Amortisation oder Veräußerung des Geschäftsanteils an die Gesellschaft oder Dritte geschehen; bei Weigerung der Gesellschaft wird dem Kündigenden das Recht zur Auflösungsklage gem. § 61 GmbHG gegeben, auch wenn sein Geschäftsanteil weniger als 1o% des Stammkapitals beträgt. Bei Kartellen in Form der Doppelgesellschaft soll der Kündigende ipso iure nur aus der als BGB-Gesellschaft oder Verein organisierten Grundgesellschaft ausscheiden; die Mitgliedschaft in der als Organgesellschaft dienenden GmbH oder AG wird auch hier erst durch Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils, wozu Gesellschaft bzw. Kündigender verpflichtet sein sollen, beendet.
Einen anderen Weg gehen Langen, § 13 Anm.8 u.9, und Müller-Gries, § 13 Anm.8: Nach ihrer Ansicht wird durch die Kündigung nach § 13 GWB in jedem Fall, also unabhängig von dem jeweiligen Gesellschaftstyp, die kartellrechtliche Bindung ex nunc aufgehoben; inwieweit davon die übrigen Teile des Rechtsverhältnisses berührt werden und damit folglich auch die Mitgliedschaft des Kündigenden beendet wird, soll sich nach § 139 BGB richten. Dabei sei grundsätzlich anzunehmen, daß mit Aufhebung der Kartellbindung das gesamte Rechtsverhältnis zwischen Kündigendem und Kartellgesellschaft erlischt; nur wenn anzunehmen sei, daß beide Teile auch ohne die Kartellbindung die übrige rechtliche Bindung eingegangen wären, bleibe letztere gültig (Langen, a.a.O., Anm. 9).
Nach Baumbach-Hefermehl, § 13 GWB, Anm.7 soll die Kündigung dagegen nicht nur zu einer Lösung der typischen Kartellpflichten führen, sondern bei jedem Kartellgesellschaftstyp stets zur Beendigung der gesamten Mitgliedschaft.

Danach erfaßt die Kartellkündigung nach § 13 GWB nur bei Vereinen und BGB-Gesellschaften die gesamte,Kartellbindung und sonstige mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten umschließende Rechtsbeziehungen des Kündigenden zum Kartell und hebt diese insgesamt auf. Bei der Genossenschaft, GmbH und AG, deren Organisationsrecht eine einseitige Aufhebung der Mitgliedschaft durch die Gesellschafter nicht kennt, kann dagegen nach dieser Ansicht durch die Kündigung selbst nur die Kartellbindung kraft der Sonderbestimmung des § 13 GWB erlöschen. Im übrigen bleibt die gesellschaftliche Bindung bestehen und wird erst durch Rechtshandlungen der Gesellschaft aufgehoben. Damit wird durch die Kartellkündigung bei den genannten Gesellschaftsformen die Kartellbindung trotz rechtlicher Unselbständigkeit aus dem Mitgliedschaftsverhältnis herausgelöst.
Dieses Auseinanderfallen von Kartelltatbestand und Mitgliedschaft in der Befreiungswirkung der Kündigung und die Abhängigkeit der Lösung von einer Mitwirkung des Kartells sind zwar konsequent, wenn man die Rechtsfolgen der Kartellkündigung ausschließlich nach den vorgegebenen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts beurteilt. Eine derartige Konstruktion führt jedoch zwangsläufig zu Ergebnissen, die weder der Aufgabe des § 13 GWB gerecht werden noch dogmatisch richtig sind :
Die Kartellkündigung soll das Mitglied, dem die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht länger zuzumuten ist, aus dem Kartell lösen und ihm die Wettbewerbsfreiheit wiedergeben. Dazu reicht eine formalrechtliche Loslösung von der eigentlichen Kartellabsprache nicht aus. Denn der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit beruht ja, wie dar-

gestellt, nicht nur auf der bloßen wettbewerbsrechtlichen Absprache, sondern zugleich auf der Bindung an eine gesellschaftsrechtliche Organisation und deren Machtbefugnisse. Zwar sollen auch die mitgliedschaftlichen Pflichten und Rechte nach der Kartellkündigung ruhen.

Haftungs-, Nachschuß- und sonstige Zahlungspflichten, die der Erhaltung des Stammkapitals und der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen, bleiben dagegen nach herrschender Ansicht bestehen. Wenn daher infolge der Kartellpolitik und ihrer Aufwendungen eine entsprechende Haftpflicht der Mitglieder entsteht, müßte auch der kündigende Gesellschafter kraft seiner weiteren Zugehörigkeit zur Kartellorganisation dafür einstehen. Auf diese Weise kann er indirekt mit den Kosten der Wettbewerbsbeschränkung belastet werden, obwohl er rechtlich der Kartellbindung gar nicht mehr unterliegt. Die nach der Kündigung bei den genannten Kartellrechtsformen verbleibende "Rumpfmitgliedschaft" ist deshalb keineswegs so unbedeutend, wie angenommen wird [1]. Vielmehr kann gerade die Fortdauer dieser Mitgliedschaft verhindern, daß der kündigende Gesellschafter trotz der Aufhebung seiner Kartellpflichten eine tatsächliche Außenseiterstellung erlangt.

Aber auch für das Kartell selbst ist es untragbar, wenn ein kartellfrei gewordener Gesellschafter Mitglied der Organisation bleibt. Zwar kann dieser rechtlich auf die Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr einwirken, da ja mit der Kündigung auch seine mitgliedschaftlichen Rechte, insbesondere Stimmrecht,

---

1) Flechtheim, S. 291/292.

Auskunftsrecht, Recht auf Teilnahme an den Gesellschaftsversammlungen, ruhen sollen. Auch die Kartelleinrichtungen soll er nicht mehr benutzen dürfen [1]. Gerade hier fehlt jedoch eine genaue Abgrenzung der Befugnisse; eine solche wäre bei Fortbestand der Mitgliedschaft auch nur schwer möglich. So wird man z.B. den Kündigenden von der Benutzung der Kartelleinrichtungen, die ihm selbst gehören und die er lediglich dem Kartell für die Durchführung der Kartellaufgaben zur Verfügung gestellt hat, nicht ausschließen können. Jedenfalls müßte eine entsprechende Unterlassungspflicht als Nebenleistungspflicht mit der Kündigung erlöschen, falls sie zur eigentlichen Kartellabsprache gehört, sonst aber mit den übrigen Mitgliedspflichten ebenfalls ruhen. Ungeklärt bleibt weiter, ob andererseits das Kartell berechtigt ist, diese Einrichtungen zu benutzen, solange der Kündigende formell noch Mitglied bleibt. Sofern das Kartell an diesen Einrichtungen bis zum endgültigen Ausscheiden des kündigenden Mitgliedes weiter teilnimmt, kann dieses durch die uneingeschränkte Mitbenutzung in tatsächlicher Hinsicht auf die Kartellpolitik Einfluß nehmen, sie zumindest leichter stören als ein völliger Außenseiter. Bei wichtigen Kartelleinrichtungen, wie Absatzorganisationen, Vertriebseinrichtungen usw., könnte dies zu einer ernsthaften Gefährdung der Wettbewerbsbeschränkung führen. Der Kündigende wird als sachlich Berechtigter auch Auskunft über die ihm gehörenden Einrichtungen verlangen können. Das kann im Einzelfall dazu führen, daß der Kündigende trotz des Ruhens seines mitgliedschaftlichen Auskunftsrechtes doch in ge-

---

1) Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3. Abt., S.359

wissem Umfang Einblick in die Betriebsvorgänge des Kartells nehmen kann.
Das Kartell kann zwar auf die Benutzung der dem Kündigenden gehörenden Einrichtungen verzichten und damit diese Gefahr einer Störung der Kartellpolitik ausschließen. Es ist aber fraglich, ob der Kündigende nicht auch dann die Zahlung einer Entschädigung verlangen kann : In den meisten Fällen wird bei Kartellgründung bzw - beitritt nicht an eine Kündigung aus wichtigem Grund gedacht und deshalb keine satzungsmäßige Bestimmung über die Abwicklung der vermögensrechtlichen oder sonstigen mitgliedschaftlichen Bindungen für die Zeit während des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten getroffen sein. Deshalb müssen mitgliedseigene Anlagen mangels anderweitiger Regelung als für die Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft zur Verfügung gestellt gelten. Bis zum endgültigen Ausscheiden ist das Kartell also für das Benutzungsrecht entschädigungspflichtig. Diese Entschädigungspflicht wird nun grundsätzlich dadurch erfüllt werden, daß der Eigentümer der Anlagen an Gewinn und Vorteilen des Kartells, möglicherweise zu einer höheren Quote als die übrigen Mitglieder, teilnimmt. Mit der Kündigung ist der Gesellschafter aber nach der obigen Ansicht nicht mehr gewinnberechtigt; die Vorteile der Benutzungsmöglichkeit für das Kartell werden von diesem Zeitpunkt also nicht mehr ausgeglichen. Andererseits sind die dem Kündigenden gehörenden Kartellanlagen - und einrichtungen weiterhin dem Kartell zur Verfügung gestellt, da die Mitgliedschaft - sei es auch bloß formell - noch fortbesteht. Wenn daher das Kartell die Anlage nicht weiter benutzt, obwohl der Kündigende dies bis zu seinem Ausscheiden gestattet, so müßte eine Ent-

schädigung billigerweise auch bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsvereinbarung weitergezahlt werden.
Auch auf andere Weise kann der Kündigende während der Fortdauer seiner Mitgliedschaft Einsicht in die Kartellverhältnisse nehmen. Falls er vom Kartell zu Nachschüssen herangezogen wird, wozu dieses nach der obigen Ansicht bis zu seinem Ausscheiden berechtigt ist, wird er Auskunft über die Entstehung der Ausfälle oder über die ungerechtfertigten Rückzahlungen an die Gesellschafter verlangen können. Dadurch könnte er leichter Rückschlüsse auf die Geschäftslage des Kartells und die finanzielle Situation der übrigen Kartellmitglieder ziehen als ein Nichtmitglied. Schon mit seiner nur formellen Mitgliedschaft behält der Kündigende dadurch unter Umständen einen "Brückenkopf" im Kartell, von dem er dessen Maßnahmen besser überschauen und demzufolge wirksamer bekämpfen kann als ein Nichtmitglied [1].

Aus diesen Gründen wird daher häufig eine befriedigende Grenzziehung zwischen der Stellung als Kartellmitglied und Außenseiter allein durch das Ruhen der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten nicht zu erreichen sein. Sie ist vielfach erst dann gegeben, wenn der Kündigende auch die Mitgliedschaft in der Organisation völlig verliert.

Darüberhinaus widerspricht eine Stellung als nichtberechtigtes und nichtverpflichtetes Mitglied innerhalb der Organisation auch der engen personenrechtlichen Verbundenheit der Kartellmitglieder, die bei

---

1) Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3.Abt., S. 357

jeder Gesellschaftsform durch die gemeinsame Wettbewerbsbeschränkung entsteht : Jeder Gesellschafter übernimmt die Kartellmitgliedschaft nur deshalb, weil auch die übrigen durch ihre Mitgliedschaft den gleichen Bindungen und Beschränkungen unterworfen sind. Die Kartellbindung aller Mitglieder bildet daher einmal den Rechtsgrund der Mitgliedschaft [1]. Wenn jedoch ein Gesellschafter von dieser Bindung befreit ist, dann nimmt seine weitere Zugehörigkeit zur Organisation der Mitgliedschaft der wettbewerbsgebundenen Gesellschafter die Verpflichtungsgrundlage. Zum anderen wird das Kartell durch die Gemeinsamkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu einer Schutzgemeinschaft; diese unterliegt in besonderem Maße den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgliedergesamtheit [2]. Ein Gesellschafter, der an die Kartellpflichten nicht mehr gebunden ist und dessen sonstige mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ruhen, braucht aber diese Grundsätze bei seinem Verhalten gegenüber den Mitgesellschaftern nicht zu

---

1) Feine, ebenda, S. 340; Flechtheim, S. 43.

2) Dörinkel in Müller-Henneberg, § 13, Anm. 6.

beachten [1]. Er ist damit ein Fremdkörper innerhalb der Schutzgemeinschaft und gefährdet damit deren Existenz.

Diese Widersprüche waren schon von der Rechtsprechung und Literatur zu § 8 KVO erkannt worden. So hat das Reichsgericht ausgeführt, daß eine Mitgliedschaft ohne die Sonderleistungspflicht nach dem Vertragsgedanken schlechthin unmöglich sei [2]. Trotzdem wurde die Konstruktion der Beschränkung auf die gesellschaftsrechtlichen Lösungsbestimmungen für die Durchführung der Kartellkündigung nicht aufgegeben. Die Schwierigkeiten, die dabei durch das Auseinanderfallen von Mit-

---

1) Eine Verpflichtung dazu läßt sich auch nicht aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ableiten. Der Inhalt dieser zunächst allgemeinen Pflicht wird durch den jeweiligen Gesellschaftszweck im einzelnen bestimmt. Da dieser bei Kartellgesellschaften vornehmlich in der Wettbewerbsbeschränkung liegt, beziehen sich auch die aus der Treuepflicht abzuleitenden Verpflichtungen in erster Linie auf die Kartellbindung. Wenn jedoch ein Gesellschafter durch die Kündigung schon von den konkret fixierten Kartellpflichten befreit wird, dann kann er erst recht nicht aus der allgemeinen Treuepflicht zur Förderung des Kartellzweckes verpflichtet bleiben. Mit der Kündigung muß daher auch der wettbewerbsrechtliche Teil der Treuepflicht aufgehoben werden. Andernfalls würde auf dem Umweg über das gesellschaftsrechtliche Treueverhältnis der Kündigungserfolg, Befreiung von der Wettbewerbsbindung, wieder beseitigt. Soweit sich die Treuepflicht auf den außerkartellrechtlichen Teil des Gesellschaftsverhältnisses bezieht, besteht sie zwar mit der Mitgliedschaft formell fort. Jedoch kann der Gesellschafter nach der Kündigung an sie ebenfalls nicht mehr gebunden sein, da ja die nichtkartellrechtlichen Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft ruhen.

2) RGZ 1o8/2o (22); Feine in Ehrenbergs Handbuch, III, 3. Abt., S. 357 mit weiteren Nachweisen.

gliedschaft und Kartellbindung zwangsläufig entstanden, wurden mit der Begründung in Kauf genommen, daß eine andere Konstruktionsmöglichkeit nicht bestände [1]. Außerdem seien diese Nachteile in der Praxis weder für das Kartell noch für das kündigende Mitglied bedeutend. Denn die Mitgliedschaft bestehe nach der Kündigung kaum lange fort, da sowohl der Kündigende als auch die Gesellschaft zur Lösung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen verpflichtet seien.
Diese Begründung vermag jedoch bei näherer Betrachtung nicht über die Schwächen der Konstruktion hinwegzutäuschen: Auf der einen Seite können sich für das Kartell aus der ausschließlichen Verwendung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Hindernisse ergeben, die einer schnellen Aufhebung der Mitgliedschaft entgegenstehen : Bei Kartellen in Form der Genossenschaft ist die gesetzliche Mindestfrist des § 65 GenG einzuhalten. Falls danach die Kartellkündigung nach dem letztmöglichen Kündigungstermin eines Geschäftsjahres erfolgt, muß bis zum endgültigen Ausscheiden der Ablauf des ganzen folgenden Geschäftsjahres abgewartet werden. Der Kündigende bleibt daher so lange Mitglied in der Kartellgenossenschaft, selbst wenn diese zur Lösung des Mitgliedschaftsverhältnisses bereit ist. Bei der Kartell-GmbH bzw. -AG sind bei Anwendung der gesetzlichen Lösungsbestimmungen die Vorschriften über die Erhaltung des Stammkapitals zu beachten. Der Einziehungsbeschluß, der auch bei der Kartellkündigung stets Voraussetzung für die Beendigung der Mitgliedschaft sein soll, steht unter der gesetzlichen Bedingung, daß das Stammkapital erhalten bleibt [2]. Da aber die Einziehung nach h.M. nur

---

1) RGZ 125/114 (116/17); Schwalbe, S. 4o
2) RGZ 142/286 (29o); BGHZ 9/157 (173) mit weiteren Nachweisen.

gegen Entgelt erfolgen darf, können Kartelle dieser Rechtsform die Rechtsbeziehungen zu dem Kündigenden nur dann lösen, wenn für die Zahlung genügend Reserven vorhanden sind. Fehlt es daran, so muß die Einziehung und damit das Ausscheiden aus der Gesellschaft unterbleiben. Oder es ist eine Kapitalherabsetzung erforderlich, um die notwendigen Mittel freizumachen [1]. Die Kapitalherabsetzung ist jedoch bei der GmbH von der Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger bzw. von deren Befriedigung abhängig (§ 58 Nr. 2 GmbHGes.). Bei der AG ist den Gläubigern ebenfalls Sicherheit zu leisten oder Befriedigung zu gewähren (§ 225 AktG). Zudem ist für eine Kapitalherabsetzung bei beiden Gesellschaftsformen ein umfangreiches Verfahren notwendig, welches allein schon das Ausscheiden aus der Gesellschaft erheblich verzögern kann. Der Einziehung sind daher Schranken gesetzt, die im Einzelfall, z.B. bei einem hohen Kapitalanteil des Kündigenden, für die Gesellschaft eine Beendigung der Mitgliedschaft auf diesem Weg unmöglich machen, zumindest aber erschweren können [2].

Auch für den kündigenden Gesellschafter selbst kann sich das Ausscheiden aus der Kartellorganisation schwierig gestalten, wenn sich die Lösung der gesellschaftlichen Bindung unter ausschließlicher und wortgetreuer Anwendung der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen vollziehen soll. Die Gesellschaft kann die nach diesen Bestimmungen zur Beendigung der Mitgliedschaft erforderlichen Mitwirkungshandlungen verzögern. Zwar erwirbt der Kartellgesellschafter

---

1) Bei der AG setzt die Einziehung sogar zwingend eine Kapitalherabsetzung voraus (§ 237 AktG).

2) Schwalbe, S. 38

mit der Kündigung einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf diese Mitwirkung. Zumindest bei der GmbH und AG steht der Gesellschafter jedoch trotz dieses Anspruchs einer Verweigerung der notwendigen Mitwirkung machtlos gegenüber. Denn nach h.M. kann der Kündigende die Einziehung oder den Erwerb des Anteils durch die Gesellschaft im Prozeßweg nicht erreichen: Die Einziehung des Anteils setzt bei Anwendung des GmbHGes. bzw. AktG. auch im Fall der Kartellkündigung einen Beschluß der Gesellschafter - bzw. Hauptversammlung voraus. Eine Klage gegen die Gesellschaft auf Beschlußfassung ist aber ebenso unzulässig wie eine Klage gegen die Mitgesellschafter auf Abstimmung in bestimmtem Sinn [1]. Der Gesellschaftsbeschluß ist stets ein Akt der Willensbildung der Körperschaft, mag er im Einzelfall auch zugleich den Tatbestand einer Willenserklärung erfüllen [2]. Bei dieser Bildung des Gesamtwillens innerhalb der Gesellschafterversammlung ist der einzelne Gesellschafter in seiner Entscheidung völlig frei [3]. Die Ausübung seines Stimmrechts erschöpft sich dabei nicht in der bloßen Stimmabgabe, sondern setzt sich aus der Teilnahme an der Versammlung, der Beratung, der Abwägung des eigenen Entschlusses und schließlich erst der Abgabe der Stimme zusammen [4]. Dieser Vorgang der freien Willensbildung kann jedoch nicht im Prozeßweg durch die

---

1) Scholz, Die Kündigung der KartellGmbH in GmbH-Rundschau 1930, S. 493.
2) Vormbaum, S.18; Bartholomeyczik in ZHR Band 105, S. 299;
3) RGZ 119/386 (389/390).
4) Peters "Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen" in ACP Band 165, S. 321.

Zwangsvollstreckung ersetzt werden. Denn es geht nicht an, durch äußeren Zwang in die Willensbildung eines Körperschaftsorganes, als das sich die Gesellschaftsversammlung darstellt, einzugreifen [1]. Wenn aber eine bestimmte Entschließung der Gesellschafterversammlung weder durch Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft selbst noch gegen die einzelnen Gesellschafter zu erreichen ist, dann ist auch ein Urteil und damit eine Klage auf Fassung des Einziehungsbeschlusses nicht statthaft. Auch auf den Abschluß eines Vertrages zwecks Erwerbs des Anteils kann der kündigende Gesellschafter nicht klagen. Selbst wenn man die Übernahme des Anteils als Lösungsmöglichkeit neben der Einziehung zuläßt, so kann man diese Beendigung der Mitgliedschaft allenfalls als Ersetzungsbefugnis der Gesellschaft auffassen, keinesfalls aber als Wahlschuld der Gesellschaft. Diese ist deshalb zum Erwerb nicht verpflichtet, selbst wenn sie die Einziehung ablehnt [2]. Dem Kündigenden bliebe daher bei einer Weigerung der Gesellschaft nur die Möglichkeit, zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Beendigung der Mitgliedschaft die Auflösungsklage zu erheben [3]. Dieses Recht wird dem kündigenden Gesellschafter in einem solchen Falle auch dann zugebilligt, wenn er weniger als ein Zehntel der Geschäftsanteile besitzt [4]. Das führt jedoch im

---

1) RGZ 112/273 (279); 119/386 (389/390); 133/90 (95); 160/257 (262); 165/68 (78); KG in JW 1927, 2992 (2993); Eine Klage gegen die einzelnen Gesellschafter wäre darüberhinaus unbegründet, weil nicht diese, sondern die Gesellschaft als juristische Person zur Einziehung verpflichtet ist.
2) Scholz in GmbH-Rundschau 1930, S. 492/493.
3) Diese Möglichkeit besteht zudem nur bei Kartellen in Form der GmbH. Dem Aktienrecht ist eine § 61 GmbHGes. entsprechende Klagebefugnis der Aktionäre fremd.
4) RGZ 125/114 (118); Schwalbe, S.40; Tiemann, S.60; Isay-Tschierschky, § 8, Anm.60; Flechtheim in Kartell-Rundschau 1927, S. 61; Scholz in GmbH-Rundschau 1930, S. 493.

Ergebnis dazu, daß die Kartellgesellschaft durch die Kündigung jedes noch so unbedeutenden Gesellschafters aufgelöst werden kann. Die Auflösung der GmbH durch eine Kartellkündigung ist aber gerade von denjenigen grundsätzlich abgelehnt worden, die dem Kündigenden im Falle der Weigerung der Gesellschaft die Klagebefugnis gewähren wollen [1].

Dieser umständliche und eventuell langwierige Prozeß der Lösung aus der Kartellgemeinschaft mochte vom Standpunkt der KVO dogmatisch noch hinzunehmen sein. Mit dem Geist des GWB ist er dagegen auf keinen Fall zu vereinbaren : Die KVO war nicht kartellfeindlich : sie wollte die Kartellbildung nicht verhindern, sondern lediglich dem Einfluß staatlicher Kontrolle unterwerfen [2]. Das GWB ist aber nach seiner Zielsetzung grundsätzlich gegen die Kartellbindung, da es grundsätzlich jede Kartellvereinbarung wegen ihrer wettbewerbsstörenden Wirkung mißbilligt [3]. Auch soweit es eine Kartellbindung ausnahmsweise zuläßt, muß es daher einer Lösung von der Kartellbindung positiver gegenüberstehen als die KVO. Denn jede Befreiung eines Kartellmitgliedes von der Wettbewerbsbeschränkung hat zur Folge, daß die unerwünschten wirtschaftlichen Machtkonzentrationen abgebaut und die erstrebten marktpolitischen Gleichgewichtstendenzen gefördert werden.[4] Diesem Grundgedanken des Gesetzes widerspricht es, das Ausscheiden aus einem Kartell dadurch zu er-

---

1) RGZ 125/114 (117); Tiemann, S. 57; Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 2; Flechtheim, S. 292

2) Callmann, S. 609

3) Amtl.Begründung z.Regierungsentwurf des GWB, Anl. 1, Teil B I.

4) Ebenda, Anl. 1, Teil A IV

schweren, daß es von dessen Mitwirkung abhängig gemacht wird [1]. Auch aus diesem Grund ist die uneingeschränkte Übernahme der zur KVO gefundenen Ergebnisse für das GWB abzulehnen.

Bedenken gegen die Konstruktion der Kündigungswirkung bei Genossenschaft, GmbH und AG ergeben sich aber besonders aus rechtlichen Gesichtspunkten : Wie die Kündigung des allgemeinen Gesellschaftsrechts, so gehört auch das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 13 GWB zur Gruppe der Gestaltungsrechte. Denn es sollte mit dieser Bestimmung kein neues Rechtsinstitut, sondern lediglich eine besondere materiell-rechtliche Kündigungsvorschrift für Kartelle geschaffen werden [2]. Die Gestaltungsrechte gewähren die Macht zur Änderung eines bestehenden Rechtszustandes [3]. Ihr Wesen besteht in der Einseitigkeit und Unmittelbarkeit, mit der diese rechtliche Veränderung herbeigeführt wird. Dabei ist ihnen eigen, daß die nach dem jeweiligen Inhalt des einzelnen Gestaltungsrechts unmittelbar bezweckte Rechtsänderung nicht von der Mitwirkung eines anderen abhängt, sondern stets durch einseitiges Rechtsgeschäft des Gestaltungsrechtsinhabers selbst verwirklicht wird [4]. Dieses Gestaltungsrechtsgeschäft besteht in der einseitigen, privatrechtlichen Willenserklärung [5]. Auch wenn ein Gestaltungsrecht die

---

1) Amtl.Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, Anl. 2, zu § 8

2) Ebenda, Anl. 2, Teil C

3) Böttcher, Gestaltungsrecht u. Unterwerfung im Privatrecht, S. 7; Seckel, "Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts" in Festschrift für Richard Koch, S.21o

4) Lange, Allg.Teil des BGB, S.88; Enneccerus-Nipperdey, S. 441; Schlochoff, "Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit", Dissertation Breslau, S.3/4

5) Seckel, a.a.O., S. 21o

Macht zu einem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre verleiht, tritt die Gestaltungswirkung als solche allein durch die Willenserklärung des Berechtigten ein. Entsprechend dieser Einseitigkeit des Gestaltungsrechtsgeschäfts braucht der dem Gestaltungsrecht Unterliegende der Rechtsänderung weder zuzustimmen noch kann er ihren Eintritt aufhalten oder verhindern [1]. Er ist vielmehr nur Passivbeteiligter, nur Gestaltungsempfänger. Bei den genannten Kartellrechtstypen soll nun die Kündigung nach § 13 GWB nicht unmittelbar zu einer Beendigung der Mitgliedschaft führen.Die wirksame Ausübung dieses Gestaltungsrechts soll vielmehr insoweit nur einen Anspruch des Kündigenden darauf begründen, daß die Gesellschaft die nach dem jeweiligen Organisationsrecht erforderlichen Rechtshandlungen zur Beendigung der Mitgliedschaft vornimmt. Zwar widerspricht eine derartige Wirkung des Gestaltungsrechtsgeschäfts nicht dem Wesen der Gestaltungsrechte allgemein. Denn diese können auch auf die Entstehung von Rechten, also auch auf Begründung eines schuldrechtlichen Anspruches des Gestaltungsberechtigten gerichtet sein [2]. Die Begründung eines obligatorischen Anspruchs auf Aufhebung von Rechtsbeziehungen durch die Kündigungserklärung steht jedoch in Widerspruch zum Inhalt gerade des Gestaltungsrechts "Kündigung" : Das Kündigungsrecht ist ein rechtsvernichtendes, negativ-wirkendes Gestaltungsrecht. Zugleich gehört es zu den unselbständigen Gestaltungsrechten : seine Grundrelation ist das Dauerrechtsverhältnis [3]. Das Kündigungsrecht ist

---

1) v.Tuhr, Allg.Teil des BGB I, S.17o; Lange, a.a.O., S. 88.
2) Schlochoff, Diss., S. 3/4.
3) Molitor, S.2; Beitzke,Nichtigkeit,Auflösung und Umgestaltung v.Dauerrechtsverhältnissen, S.2o; Gschnitzer, in Iherings-Jahrbuch Band 76, S.322/344.

daher nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seiner rechtsvernichtenden Wirkung notwendigerweise immer auf ein Dauerrechtsverhältnis bezogen. Deshalb zielt die Kündigung stets auf die Aufhebung des gesamten, ihr unterliegenden Rechtsverhältnisses [1]. Mit diesem Zweck muß die Wirkung der Kündigungserklärung übereinstimmen. Zwar soll auch bei § 13 GWB infolge der Kündigung die Mitgliedschaft im Endergebnis beendet werden. Wie bei allen Gestaltungsrechten muß aber bei der Kündigung ebenfalls der bezweckte Rechtserfolg schon unmittelbar durch die einseitige Ausübung des Rechts, hier also durch die Kündigungserklärung, eintreten. Der negative Gestaltungscharakter des Kündigungsrechts und das Prinzip der Selbstverwirklichung der Gestaltungsrechte werden daher verfälscht, wenn durch die Kündigungserklärung lediglich ein obligatorischer Anspruch begründet und die Aufhebung des Rechtsverhältnisses von der Mitwirkung des Gestaltungsrechtsunterworfenen abhängen soll. Nach der Systematik der Gestaltungsrechte muß vielmehr das der Kündigung unterliegende Dauerrechtsverhältnis allein und unmittelbar durch die wirksame Kündigungserklärung beendet werden [2].

---

1) Callmann, S. 603.

2) Unverständlich insoweit Molitor, S.1, nach dem die Beendigungswirkung zwar ebenfalls unmittelbar durch die Kündigung eintreten muß, der aber zugleich zuläßt, daß sie u.U. erst im Zusammenwirken mit anderen Tatsachen herbeigeführt wird. Zur Begründung verweist Molitor auf die Aufkündigung bei der Genossenschaft, wo die Beendigung der Mitgliedschaft nicht schon durch die Aufkündigungserklärung des Genossen, sondern erst durch die Anmeldung und die Eintragung in die Liste der Genossen erfolgt. Diese Begründung bietet jedoch kein Argument gegen die Einseitigkeit des Kündigungsgeschäfts. Denn bei der "Aufkündigung" nach dem GenG handelt es sich nicht um ein echtes Kündigungsrecht, sondern um ein Austrittsrecht, das nach seiner besonderen gesetzlichen Gestaltung von vornherein nur einen Anspruch auf Lösung der mitgliedschaftlichen Beziehungen in der im Genossenschaftsgesetz vorgesehenen Weise begründet.

Es mag nun zugegeben werden, daß der Gesetzgeber das Kartellkündigungsrecht nicht zur Begrenzung der gesellschaftsrechtlichen Bindung, sondern allein als Gegengewicht zu der fortwirkenden persönlichen Verpflichtungswirkung der eigentlichen Wettbewerbsbeschränkung statuiert hat [1]. Das bedeutet aber noch nicht, daß auch die unmittelbare Aufhebungswirkung der Kündigungserklärung auf das Kartellrechtsverhältnis im engeren Sinn beschränkt bleiben muß, während der übrige Teil der Kartellabsprache davon zunächst unberührt bleibt [2]. Maßgeblich für den Umfang der rechtsvernichtenden Kündigungswirkung ist vielmehr auch hier, welches Rechtsverhältnis der Kündigung unterliegt :

Es wurde bereits begründet, daß die Wettbewerbsabsprache ein rechtlich unselbständiger Teil des jeweiligen Gesellschaftsvertrages bzw. Organisationsstatutes ist. Dies muß auch für die mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen des einzelnen mit der Gesellschaft gelten, da diese unmittelbar aus dem Vertrag bzw. Statut fließen. Demzufolge bilden das Dauerrechtsverhältnis "Kartellbindung", wegen dessen das Kündigungsrecht des § 13 GWB gegeben worden ist, und das Dauerrechtsverhältnis "Mitgliedschaft" eine untrennbare Einheit. Das Reichsgericht hat deshalb folgerichtig entschieden, daß bei einer derartig engen Verknüpfung die mitgliedschaftliche Verpflichtung nicht losgelöst für sich aufgekündigt werden kann [3]. Dann ist es aber nicht ver-

---

1) Amtl.Begründung zum Regierungsentwurf d.GWB, Anlage 1
2) so aber ausdrücklich: Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3.Abt., S. 355; Lucas, "Der Zweck im Kartellrecht" in JW 1924, S. 1120; Kartellgericht, Entscheidung v. 29.4.1927 in JW 1927, S. 3029.
3) RGZ 73/429 (433); 108/20 (23).

ständlich, wenn das Reichsgericht in seinen späteren Entscheidungen (RGZ 114/218; 125/116) trotz nochmaliger Betonung der Zusammengehörigkeit von Kartell- und Gesellschaftsverhältnis die Beendigungswirkung der Kündigung unmittelbar nur auf den kartellrechtlichen Teil dieses einheitlichen Dauerrechtsverhältnisses bezieht, während es die Mitgliedschaft im übrigen zunächst fortbestehen läßt. Wenn man die rechtliche Einheit von Wettbewerbsbindung und Mitgliedschaft bejaht, kann man konsequenterweise nicht die Einheit der Kündigungswirkung verneinen. Denn ein rechtlich unselbständiger Teil eines Dauerrechtsverhältnisses kann nicht selbständig, unter Fortbestehen des übrigen Teils, gekündigt werden. Deshalb muß auch das gesamte, Wettbewerbsbeschränkung und gesellschaftsrechtliche Bindung umfassende Rechtsverhältnis der Kartellmitgliedschaft zwingend der Kündigung nach § 13 GWB unterliegen, selbst wenn der Gesetzgeber das Kündigungsrecht nur für den eigentlich wettbewerbsrechtlichen Teil der Gesamtabsprache gewähren wollte. In der Beendigung dieses Dauerrechtsverhältnisses liegt folglich die Gestaltungsfunktion der Kartellkündigung. Da aber die Gestaltungsfunktion bei jedem Gestaltungsrecht unmittelbar durch dessen Ausübung zu verwirklichen ist, muß auch bei der Kartellkündigung das gesamte Rechtsverhältnis allein durch die wirksame Kündigungserklärung - ohne Mitwirkung der Gesellschaft -automatisch beendet werden.

Im Grunde ist diese dogmatisch zwingende Aufhebungswirkung der Kartellkündigung von Rechtsprechung und Schrifttum bereits zu § 8 KVO anerkannt worden. Denn nach übereinstimmender Ansicht sollte die Kündigung nach dieser Bestimmung bei Kartellen in Form der BGB-Gesellschaft und der Vereine auch das Mitgliedschafts-

verhältnis unmittelbar berühren, so daß hier der Kündigende schon mit Wirksamkeit seiner einseitigen Kündigungserklärung auch von der gesellschaftsrechtlichen Bindung befreit wurde - und zwar ohne jede Mitwirkung des Kartells. Das gleiche soll bei der Kündigung nach § 13 GWB gelten. Der Unterschied, der trotzdem in der Konstruktion der Kündigungswirkung bei den übrigen Kartellgesellschaftstypen gemacht wird, ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber in Wirklichkeit mit § 13 GWB für die verschiedenen Organisationsformen jeweils unterschiedliche Gestaltungsrechte geben wollte. Das ist jedoch gerade nicht der Fall. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf des GWB ergibt sich, daß mit der Kartellkündigung ein einheitliches Kündigungsrecht für alle Kartellrechtsformen geschaffen werden sollte : "Die Besonderheit ... (dieser Vorschrift) ... liegt darin, daß diese Kündigung ... ohne Rücksicht auf die Rechtsform des Kartells (BGB-Gesellschaft, rechtsfähiger Verein, GmbH) möglich ist" [1]. Dann muß aber auch die dem Kündigungsrecht eigene negative Gestaltungswirkung bei allen Rechtsformen einheitlich sein. Der von Rechtsprechung und Schrifttum vorgeschlagene Weg der Lösung bei der Genossenschaft, GmbH und AG ist daher nicht nur unvereinbar mit dem Geist des GWB, er widerspricht auch im Besonderen der Rechtsnatur der Kündigung als negativem Gestaltungsrecht.

In Wahrheit handelt es sich bei der Trennung von Kartellabsprache und Mitgliedschaft in der Kündigungswirkung ebenso um eine Notlösung wie bei der Aufspaltung des Kartellvertrages in zwei selbständige Vertragsgebilde. Weil das automatische Aus-

---

1) Amtl.Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, Anlage 2 Teil C.

scheiden aus der Organisation mit der Struktur dieser Gemeinschaftsformen unvereinbar sei, soll auf diesem Weg "unter tunlicher Wahrung der Vorschriften des jeweiligen Organisationsrechts ein dem sofortigen Ausscheiden möglichst ähnlicher Erfolg" erzielt werden [1]. Einem solchen Konstruktionsversuch muß aber das gleiche Argument entgegengehalten werden, das umgekehrt auch gegenüber den Vertretern der sogen. "Trennungstheorie" hinsichtlich der Rechtsnatur des Kartellvertrages gilt : Die Frage nach dem unmittelbaren Gestaltungserfolg eines Gestaltungsrechts kann nicht beantwortet werden durch eine Untersuchung darüber, welche Wirkungen mit der Struktur eines diesem Gestaltungsrecht unterliegenden Rechtsverhältnisses zu vereinbaren sind. Denn die Funktion eines Gestaltungsrechts wird nicht durch die jeweilige Struktur des zu gestaltenden Rechts oder Rechtsverhältnisses bestimmt. Zwar sind die sog. "unselbständigen Gestaltungsrechte", zu denen auch die Kündigung gehört, an die Rechtsstellung in dem betreffenden Rechtsverhältnis, auf das sie sich beziehen, gebunden. Diese Bindung besagt aber zunächst nur, daß das Gestaltungsrecht nicht selbständig übertragen werden kann. Sie kann ferner ein Gestaltungsrecht innerhalb einer größeren Gruppe gleichartiger Gestaltungsrechte individualisieren. So wird z.B. gerade bei der a.o. Kündigung die Entstehungsvoraussetzung, die der Gesetzgeber für diesen Gestaltungsrechtstyp nur allgemein in Form der Generalklausel des "wichtigen Grundes" vorgeschrieben hat, erst durch die notwendige Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsverhältnis konkretisiert. Denn die Frage, wann ein wichtiger Grund

---

1)RGZ 114/212 (217).

vorliegt, ist nicht nur bei den einzelnen Vertragstypen, für die dieses Gestaltungsrecht gegeben ist, verschieden; sie richtet sich vor allem auch nach der Ausgestaltung des einzelnen Rechtsverhältnisses innerhalb dieser Vertragstypen. Von dieser Abhängigkeit von einem Rechtsverhältnis wird aber die Gestaltungswirkung nicht berührt. Sie ergibt sich vielmehr allein aus dem abstrakten Gestaltungsrechtstyp, zu dem das einzelne Gestaltungsrecht gehört, und ist daher jedem Gestaltungsrecht von vornherein und unabhängig von seiner Individualisierung im Einzelfall immanent. Auch bei der Kündigung ergibt sich die - negative - Gestaltungswirkung deshalb nicht aus der Zuordnung zu einem Rechtsbereich oder Rechtsverhältnis. Sie darf folglich auch nicht den Erfordernissen des kündigungsbezogenen Rechtsverhältnisses angepaßt werden, um dadurch eine Vereinbarkeit von Kündigungswirkung und Gestaltungsobjekt zu erzielen. Wenn sich nach abstrakter Feststellung der Gestaltungswirkung der Kündigung eine Unvereinbarkeit mit der Rechtsnatur des konkreten Gestaltungsobjektes ergibt, kann als Konsequenz daraus nur folgen, daß dieses Gestaltungs - recht auf das bestimmte Rechtsverhältnis nicht anwendbar ist.

Es handelt sich hierbei nicht bloß um eine "begriffsjuristische" Konstruktion, sondern um einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Belangen des Gestaltungsberechtigten und des Gestaltungsempfängers. Wenn das Gesetz dem Gestaltungsrechtsinhaber gestattet, einseitig rechtliche Veränderungen herbeizuführen, insbesondere in die Rechtsverhältnisse Dritter auch ohne deren Willen einzugreifen, so verlangt die Rechtssicherheit, daß die Betroffenen die Rechtsfolgen dieses Ein-

griffes von vornherein genau beurteilen und sich danach richten können [1]. Wollte man aber die Gestaltungswirkung von der Ausgestaltung des jeweiligen einzelnen Rechtsverhältnisses abhängig machen, so ließe sich jedenfalls für die Beteiligten häufig noch nicht einmal bei Ausübung des Gestaltungsrechtes sicher feststellen, welche Folgen sich daraus für die gegenseitigen Rechtsbeziehungen ergeben. Deshalb muß die Wirkung eines Gestaltungsrechts bereits mit seiner gesetzlichen Normierung von vornherein feststehen.

II. Die Vereinbarkeit der Kündigungswirkung mit der Struktur der einzelnen Kartellgesellschaftsformen

Die Wirkung einer rechtmäßigen außerordentlichen Kündigung besteht in der einseitigen Aufhebung eines Rechtsverhältnisses durch den Gestaltungsberechtigten. Bei der Prüfung, ob diese Aufhebung nicht nur der Wettbewerbsabsprache im engeren Sinn, sondern auch der Mitgliedschaft selbst mit der Struktur der Kartellgenossenschaft, - GmbH und AG - in Einklang steht, darf allerdings nicht auf die jeweiligen Lösungsbestimmungen des betreffenden Organisationsrechts abgestellt werden. Denn bei diesen Organisationen folgt das durch § 13 GWB begründete Recht der Mitglieder, durch einseitige Erklärung mit sofortiger Wirkung auszuscheiden, allein aus der speziellen Verwendung als Kartellgemeinschaften. Bei der Grundgestaltung ist dagegen ein solches Recht gerade nicht gegeben, so daß für seine Verwirklichung auch keine entsprechenden Vorschriften im Organisationsrecht dieser Gesellschaftsformen vorhanden sein können. Es ist daher falsch, eine Anwen-

---

1) v.Tuhr, "Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches", II. Bd., 1. Hälfte, S. 209.

dung des Kündigungsrechts, welches für den Ausnahmetatbestand der Kartellbildung statuiert wurde, auf die genannten Typen schon deshalb für unzulässig zu erklären, weil nach den für den Regelfall gedachten Vorschriften ein derartiger Lösungsweg nicht gegeben ist.

Maßgeblich für die Frage der Vereinbarkeit von Kündigungswirkung und Gesellschaftsrechtsverhältnis sind vielmehr allein die zwingenden Formelemente der jeweiligen Organisationsstruktur [1]. Es muß einmal die vom Gesetzgeber gewollte Interessenbewertung gewahrt bleiben. Durch die einseitige fristlose Beendigung der Mitgliedschaft dürfen deshalb nicht die Vorschriften verletzt oder umgangen werden, welche die Interessen Dritter, vor allem der Gesellschaftsgläubiger, schützen sollen. Daneben gibt es im Organisationsrecht der einzelnen Gesellschaftsformen "typenbestimmte Faktoren", die selbst dann nicht zu beseitigen sind, wenn Gläubigerinteressen nicht auf dem Spiel stehen [2]. Diese Ordnungsprinzipien, die die Organisationsform in ihrem Wesensgehalt charakterisieren, dürfen durch die beabsichtigte Gestaltungswirkung nicht verletzt werden.

---

1) Westermann, "Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens" in StuR Bd. 5, S. 61.

2) Westermann, a.a.O. Auf das Interesse der Gesellschaft selbst oder der übrigen Mitglieder darf allerdings bei der Frage der Zulässigkeit der Kündigung nicht abgestellt werden. Denn der Gesetzgeber hat insoweit schon durch § 13 GWB eine grundsätzliche Entscheidung zugunsten des Kündigenden getroffen. Auf diese Interessenlage ist vielmehr erst bei der Frage des wichtigen Grundes, also der Wirksamkeit der Kündigung im Einzelfall, einzugehen.

1.) Bei der Genossenschaft werden diese Formelemente durch die rechtsvernichtende Wirkung der Kündigung nicht verletzt :
Der Gesetzgeber hat die Genossenschaft als eine Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl definiert. Für diese Organisationsform ist daher nicht bloß der Mitgliederwechsel als solcher, sondern auch der die Mitgliederzahl verändernde Austritt charakteristisch. Zwar ist der Austritt nach dem GenG nur unter Einhaltung einer Frist zugelassen, seine Wirkung auf den Geschäftsjahresschluß beschränkt worden (§ 65 Abs. 2 GenG). Damit sollte jedoch kein Wesensmerkmal des Organisationstyps Genossenschaft zum Ausdruck gebracht werden : Das Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4.7.1868 überließ den Genossenschaften, durch eine entsprechende Gestaltung ihrer Satzung der Aufkündigung sofortige Wirkung beizulegen [1]. Danach war also ein fristloses Ausscheiden aus der Genossenschaft mit deren Struktur vereinbar. Durch den Wegfall dieser Gestaltungsmöglichkeit und die Einführung der zwingenden Befristung und Beschränkung der Aufkündigung kann aber insoweit das Wesen dieses Rechtstypes nicht verändert worden sein. Denn auch nach dem Gesetz von 1868 war grundsätzlich die Wirkung des Austritts auf den Schluß des Geschäftsjahres beschränkt und eine Kündigungsfrist von mindestens vier Wochen vorgeschrieben (§ 38). Dann kann aber auch nach der jetzigen Gestaltung der Genossenschaft ein Austritt mit sofortiger Wirkung nicht gegen die "typenbestimmenden Faktoren" dieses Rechtstyps verstoßen.

---

1) Wenge, Austritt eines Genossen aus der eingetragenen Genossenschaft, S.12

Auch der vom Gesetzgeber bezweckte Schutz der Gläubiger wird durch eine sofortige Beendigung der Mitgliedschaft weder verletzt noch gemindert : Die Bindung der Aufkündigung an eine Frist und ihre Beschränkung auf den Geschäftsjahresschluß sind einmal wegen der Auseinandersetzung und Bilanzierung, die bei jedem Ausscheiden eines Genossen zwingend erforderlich sind, getroffen worden. Insofern handelt es sich um reine Zweckmäßigkeitserwägungen, bei denen zwar die Interessen der Genossenschaft, nicht aber Dritter betroffen sind [1]. Soweit dadurch zugleich im Gläubigerinteresse eine gewisse Stetigkeit der auf der persönlichen Beteiligung der Genossen beruhenden Kreditgrundlage der Genossenschaft gewährleistet werden soll, stehen die Gläubiger bei einem sofortigen Ausscheiden nicht schlechter als bei einer befristeten Aufkündigung zum Geschäftsjahresschluß : Die Aufkündigung als solche und damit die Verkleinerung der Kreditbasis können sie auch nach der gesetzlichen Gestaltung nicht verhindern. Ihre Forderungen sind aber bei einer fristlosen Kündigung in gleicher Weise wie bei einem fristgebundenen Austritt durch die Vorschriften über die Auseinandersetzung gesichert (§ 73 GenG). Da die Frage der Auseinandersetzung nach erfolgtem Ausscheiden das Problem der Zulässigkeit der Kündigung nicht berührt, kann das bei der Aufkündigung vorgeschriebene Auseinandersetzungsverfahren auch bei einer Kündigung nach § 13 GWB angewandt werden [2]. Im ausschließlichen Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist dagegen die Vorschrift des § 7o Abs. 2 GenG erlassen, die Eintritt und Ausscheiden von der Eintragung in der Liste der Genossen abhängig macht [3]. Hier kollidiert der

1) Tiemann, S. 56
2) Callmann, S. 617
3) RGZ 128/87 (91).

Gläubigerschutz mit der Vorschrift des § 13 GWB, der eine sofortige Lösung unabhängig von der Mitwirkung der Gesellschaft und damit unabhängig von einer Eintragung verlangt. Der Grundsatz, daß die Beendigung der Mitgliedschaft von der Eintragung abhängig ist, ist aber einmal vom Genossenschaftsgesetz selbst für den Fall des Todes eines Genossen durchbrochen worden (§ 77 GenG verweist nur auf § 7o Abs. 1, nicht auf § 7o Abs. 2 GenG). Zum andern kommt der Genossenschaftsliste ein öffentlicher Glaube nicht zu; die Eintragungen schaffen vielmehr nur eine widerlegbare Vermutung für die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft [1]. So ist z.B. anerkannt, daß eine Mitgliedschaft trotz der Eintragung in die Liste gem. § 15 Abs. 3 GenG nicht entsteht, wenn keine materiell wirksame Beitrittserklärung abgegeben ist [2]. In diesem Fall könnten sich auch die Gläubiger der Genossenschaft nicht auf die Eintragung in der Liste berufen. Im übrigen macht es haftungsrechtlich für die Gläubiger der Genossenschaft keinen wesentlichen Unterschied, ob der Kündigende sofort oder erst mit Eintragung der Kündigung in die Liste ausscheidet: Ein direkter Zugriff auf das Vermögen der Mitglieder ist den Gläubigern ohnehin verwehrt, so daß durch die Zulassung eines "automatischen" Ausscheidens mit Kündigung insoweit gar keine Änderung der Haftungssituation eintreten könnte. Zwar können die Gläubiger insbesondere bei Kündigung einer größeren Zahl von Genossen von einer einschneidenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Genossenschaft überrascht werden, wenn die Mitgliedschaft unabhängig von der Eintragung in die Liste endet. Einen ge-

---

1) Paulick, S.123; LG Mannheim in JZ 1954, S.448/449.
2) Parisius-Crüger, Komm. zum GenG, § 15, Anm.17

wissen Ausgleich hierfür bietet aber die Auseinandersetzungsregelung des § 73 Abs. II S. 2 GenG, nach der die Ausgeschiedenen einen Fehlbetrag des Genossenschaftsvermögens zur Deckung der Schulden anteilig an die Genossenschaft zu zahlen haben. Diese Haftpflicht der Genossen entsteht unabhängig von der Eintragung ihres Ausscheidens in die Liste; sie ist bereits dann gegeben, wenn bilanzmäßig feststeht, daß das Vermögen der Genossenschaft einschließlich des Reservefonds und aller Geschäftsguthaben zur Deckung der Schulden nicht ausreicht.
Wenn die Genossenschaft diesen Zahlungsanspruch gegen die Ausgeschiedenen nicht durchsetzt, dann besteht für die Gläubiger allerdings die Gefahr, daß eine dadurch eventuell entstehende Konkursreife bei einem sofortigen Ausscheiden der Mitglieder völlig unerwartet eintritt. Den Konkurs als solchen könnten die Gläubiger aber selbst bei Kenntnis des Ausscheidens nicht verhindern, da sie auch nach der gesetzlichen Austritts- und Auseinandersetzungsregelung keinen unmittelbaren Einfluß auf die Durchsetzung des Haftungsanspruches der Genossenschaft haben.Unter diesen Umständen erscheint es zulässig, für den Ausnahmefall der Kartellkündigung den Interessenkonflikt zugunsten des kündigenden Mitgliedes zu lösen und bei Kartellen in Form der Genossenschaft ein Ausscheiden unabhängig von der Eintragung in die Liste der Genossen zuzulassen [1].

Mit der Struktur solcher Genossenschaften, die Kartelle i.S. des GWB sind, ist die sofortige Beendigung der Mitgliedschaft durch einseitige Willenserklärung daher vereinbar; das Kündigungsrecht des § 13 GWB ist deshalb auf diese Organisationsform anwendbar.

---

1) Tiemann, S. 56

2.) Bei der GmbH werden die mitgliedschaftlichen Bindungen durch den Geschäftsanteil verkörpert. Da sich die Kündigung nach § 13 GWB wegen der Einheit von Kartellbindung und Gesellschaftsvertrag notwendig auch auf die Mitgliedschaft erstreckt, ist sie bei der GmbH auf die Vernichtung des Geschäftsanteils gerichtet. Die einseitige Vernichtung eines Geschäftsanteils ist auch dem GmbHGes in der Einziehung bekannt. Nun wird der Geschäftsanteil nach § 14 GmbHGes durch die Stammeinlage bestimmt, welche die Summe der von jedem Gesellschafter aufzubringenden Einlageleistungen und damit einen Bruchteil des Stammkapitals darstellt. Nach § 15 Abs. 3 S. 3 GmbHG muß einerseits der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen, andererseits ist das Stammkapital bei der GmbH konstant. Daraus ist gefolgert worden, daß auch die Mitgliederstellenzahl, das heißt die Anzahl der Geschäftsanteile, wegen ihrer Abhängigkeit von den Stammeinlagen konstant sein müsse [1]. Wegen dieser geschlossenen Zahl der Mitgliederstellen sei eine Kündigung nicht zulässig, da sie zur Vernichtung einer Mitgliederstelle führe. Außerdem würde dadurch zwangsläufig das Stammkapital als Garantieziffer gemindert, weil nach § 14 i.V. mit § 5 Abs. 3 der Betrag der Geschäftsanteile stets gleich dem Gesamtbetrag des Stammkapitals sei.
Die Vernichtung einer Mitgliederstelle hat jedoch einmal auf das Stammkapital keinen Einfluß, wenn die Stammeinlage voll geleistet worden ist. Das zeigt sich an der Amortisation eines Geschäftsanteils gem. § 34 GmbHGes. Auch die Amortisation bedeutet die Vernichtung des eingezogenen Anteils, also einer Mitglieder-

---

1) Westermann in StuR Band 5, S.68/69; Liebmann-Saenger, Kommentar zum GmbHGes., § 14 Anm. 1

stelle [1]. Sie bedeutet aber keine automatische Herabsetzung des Stammkapitals [2]. Das Stammkapital ist die Summe der Leistungen, die als Einlagen erfolgen, der Betrag also, den die Gesellschafter mindestens einzubringen sich verpflichten. Dieser Betrag ist auf der Passivseite der Bilanz einzustellen, damit an die Gesellschafter nur dann Gewinn verteilt werden kann, wenn außer den Schulden auch die Summe des Stammkapitals gedeckt ist [3]. Hat nun der Gesellschafter, dessen Anteil eingezogen wird, seine Einlageverpflichtung bereits erfüllt, so kann eine Verminderung des tatsächlich vorhandenen Kapitals durch die Einziehung als solche nicht erfolgen. Dies geschieht vielmehr erst durch eine Auszahlung seitens der Gesellschaft. Dabei gilt aber auch § 3o Abs. 1 GmbH Ges., der eine Rückzahlung der Einlagen nur aus dem Gesellschaftsvermögen gestattet, das über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhanden ist [4]. Aber auch eine Verringerung der in der Passivbilanz eingestellten Garantieziffer kann allein die Vernichtung einer Mitgliedstelle nach § 34 GmbHGes nicht bewirken. Eine derartige Rechtsfolge würde sowohl § 3o Abs. 1 als auch dem Grundsatz widersprechen, daß eine Kapitalherabsetzung nur unter Wahrung des in § 58 GmbHGes vorgeschriebenen Verfahrens erfolgen darf. Da weder eine Verpflichtung zur Anmeldung der Einziehung zum Handelsregister noch zur Veröffentlichung einer Bilanz über die Einziehung besteht, könnte sich auf

---

1) Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm. 1

2) BGHZ 9/157 (168); Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm. 2o; Dilthey, S. 12; KG in DR 1943, S.123o Nr.8

3) Schilling in Hachenburg, § 14, Anm. 2

4) BGHZ, a.a.O.

diese Weise bei jeder Amortisation die Haftsumme unbemerkt von den Gesellschaftsgläubigern verringern. Das damit von der Haftung freigewordene Kapital könnte die Gesellschaft auszahlen, ohne gegen § 3o Abs. 1 GmbHGes zu verstoßen, so daß dadurch auch das effektiv vorhandene Grundkapital abgebaut werden könnte [1]. Falls demnach mit der Einziehung tatsächlich eine gleichzeitige Herabsetzung des Stammkapitals verbunden wäre, würde das Gesetz folglich schon durch die Zulassung der Amortisation gestatten, daß die im Gläubigerinteresse erlassenen Vorschriften der §§ 3o Abs. 1, 58 GmbHGes umgegangen werden. Das wollte der Gesetzgeber sicher nicht zulassen. Deshalb kann die Vernichtung einer Mitgliedschaftsstelle im Wege der Einziehung des Geschäftsanteils nicht zu einer Herabsetzung der Stammkapitalsziffer führen, solange kein Verfahren nach § 58 GmbHGes stattfindet. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn die Vernichtung der Mitgliedsstelle durch eine Kündigung erfolgt, da hier die Wirkungen des Gläubigerschutzes in gleicher Weise durchgreifen.

Falls dagegen die Stammeinlage nicht voll geleistet ist, würde eine Vernichtung des für sie ausgegebenen Geschäftsanteils allerdings das Stammkapital unmittelbar berühren. Denn mit der Vernichtung des Anteils erlöschen sämtliche mitgliedschaftlichen Pflichten, daher auch die Einlageforderung. Bei der Vernichtung eines Geschäftsanteils im Wege der Amortisation ist daher die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses von der gesetzlichen Bedingung abhängig, daß das Stammkapital erhalten bleibt, also die rückständige Einlageforderung vor Vernichtung des Anteils erfüllt

---

1) Dilthey, S. 13; Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm.2o

wird [1]. Gleiches kann aber auch für die Vernichtung des Geschäftsanteils durch eine Kündigung nach § 13 GWB angenommen werden. Zwar ist nach dem Wortlaut des § 13 eine solche Bedingung nicht vorgesehen. In § 34 GmbHG ist sie jedoch ebenfalls nicht ausdrücklich erwähnt. Ihre Zulässigkeit und Notwendigkeit ist hier dennoch von Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, da nur so der vom GmbHGes erstrebte Gläubigerschutz gesichert wird. Für die Bewertung der Gläubigerinteressen im Fall der Vernichtung eines Geschäftsanteils kann es aber keinen Unterschied machen, ob diese Vernichtung durch Rechtshandlungen seitens der Gesellschaft oder durch solche seitens eines Gesellschafters geschieht. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Bedingung spricht ferner nicht, daß die Kartellkündigung als Gestaltungsgeschäft grundsätzlich bedingungsfeindlich ist [2]. Dieser Grundsatz betrifft nur das Rechtsgeschäft, welches das Gestaltungsrecht verwirklicht, bei der Kündigung also die Kündigungserklärung. Die hier in Frage stehende Bedingung soll dagegen sicherstellen, daß nur bei Erfüllung der Einlagepflicht gekündigt werden kann; sie bezieht sich deshalb auf das Kündigungsrecht selbst und nicht auf seine Ausübung. Die Entstehung eines außerordentlichen Kündigungsrechts kann aber von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Das Gesetz selbst hat eine solche Bedingung durch das Erfordernis eines wichtigen Grundes, welcher die Kündigungsbefugnis erst hervorruft, zugelassen [3]. Diese Bedingung verstößt auch nicht gegen § 13 Abs. 3 GWB, welcher einen Ausschluß oder eine rechtliche oder wirtschaftliche Einschränkung des Kündigungsrechts untersagt. Einmal betrifft dieses

---

1) BGHZ 9/157 (173) mit weiteren Nachweisen.
2) Dörinkel in Müller-Henneberg, § 13, Anm. 13.
3) RGZ 91/307 (309); Molitor, S. 255.

Verbot nur rechtsgeschäftliche Kündigungsbeschränkungen, während es sich hier um eine gesetzliche Bedingung handelt. Zum anderen hat der Gesetzgeber das Kündigungsrecht auch für die Kartell-GmbH nur deshalb begründet, damit eine sofortige einseitige Lösung von unerträglich gewordenen Kartellbindungen - wenn auch notwendigerweise durch Beendigung der Mitgliedschaft - gewährleistet ist; eine Befreiung von rückständigen Einlageverpflichtungen sollte damit aber nicht ermöglicht werden. Eine Bedingung, welche die Kündigungsbefugnis von der Leistung der Stammeinlage abhängig macht, kann daher das Kündigungsrecht gar nicht einschränken, sondern konkretisiert lediglich die vom Gesetz gezogenen Grenzen des § 13 GWB. Wird die Kartellkündigung also unter die gesetzliche Bedingung der Erhaltung der Stammeinlagen gestellt, so kann sie eine Minderung des Stammkapitals in keinem Fall zur Folge haben.

Schließlich kann der Zulässigkeit der Kündigung bei der GmbH auch kein Grundsatz der geschlossenen Zahl der Mitgliederstellen entgegenstehen, weil er in solch absoluter Form nicht besteht. Es ist zwar zutreffend, daß bei der Gründung der Gesellschaft die Zahl der Geschäftsanteile, damit der Mitgliederstellen, prinzipiell mit der Zahl der Stammeinlagen übereinstimmen muß, da für jede Einlage ein Geschäftsanteil ausgegeben wird [1]. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß diese Übereinstimmung auch im weiteren Verlauf der Gesellschaft bestehen muß. Ein solcher Schluß folgt weder aus § 14 noch aus § 5 Abs. 3 GmbHGes. Nach § 5 Abs. 3 GmbHGes. muß bei der Gründung der GmbH die Summe der Stammeinlagen dem Betrag des Stammkapitals gleichkommen. Von den Geschäftsan-

---

1) Dilthey, S. 13; Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm.2o; Scholz, § 5, Anm. 11

teilen ist dies dagegen nirgends verlangt. Eine solche Forderung des Gesetzes kann auch nicht aus dem Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 14 GmbHGes abgeleitet werden. § 14 schreibt lediglich vor, daß die einzelnen Geschäftsanteile durch die Stammeinlagen bestimmt werden, daß also jedem Geschäftsanteil eine Einlage entsprechen muß. Der Nominalbetrag aller Anteile darf daher die Summe der Gesamteinlagen nicht überschreiten. Da die Stammeinlagenziffer andererseits wie das Grundkapital konstant bleiben muß, ist insofern allerdings der Gesamtbetrag der Geschäftsanteile nach oben hin begrenzt. Das bedeutet aber nicht, daß auch die Zahl der Geschäftsanteile, d.h. der Mitgliederstellen, unverändert bleiben muß und daß die Summe der Geschäftsanteilsnennbeträge nicht unter die Ziffer des Stammkapitals sinken darf. Vielmehr ist es durchaus möglich und zulässig, daß in der Satzung Stammeinlagen angegeben sind, denen ein Geschäftsanteil nicht mehr entspricht [1] : Nach § 17 GmbHGes kann die Zahl der Geschäftsanteile durch Teilung vermehrt werden. Dabei wird die Zahl der Stammeinlagen aber nicht erhöht, da bei der Teilung eines Anteils nicht zugleich die zugrundeliegende Einlage realiter geteilt, sondern gemäß § 17 Abs. 2 nur ihrem Betrag nach rechnerisch auf die neu entstehenden Geschäftsanteile verteilt wird. Durch Einziehung nach § 34 GmbHGes kann die Zahl der Anteile verringert werden. Die Stammeinlage, die ja lediglich die Zusammenfassung der von dem Gesellschafter zu bewirkenden Einlagen darstellt, bleibt jedoch erhalten [2]. Denn diese Einlagepflichten

---

1) KG in Johow, Jahrbuch der Entscheidungen des KG, Bd.43, S.112; Schmidt in Hachenburg, § 34, Anm.2o; Schilling in Hachenburg, § 58 Anm. 6; § 2, Anm.48; a.A. Liebmann-Saenger, § 14, Anm. 1

2) Feine in Ehrenbergs Handbuch, III, 3.Abt., S.99/loo u.465; KG in DR 1943, S.123o Nr. 8; Brodmann, Komm. GmbH, § 5, Anm. 3 a.

sind bei jeder Einziehung in jedem Fall bereits geleistet, da die Amortisation unter der Bedingung der Leistung von rückständigen Einlagen steht. Das zeigt sich schon daran, daß die Gesellschaft an Stelle des vernichteten Anteils einen neuen bilden kann. Da einerseits jedoch auch hier der Grundsatz des § 14, wonach jedem Geschäftsanteil eine Stammeinlage zugrundeliegen muß, gewahrt bleiben soll, andererseits eine neue Stammeinlage durch Erhöhung des Stammkapitals nicht geschaffen wird, kann Grundlage der Neubildung nur eine bereits vorhandene Stammeinlage sein. Das ist die durch die Einziehung freigewordene Stammeinlage [1]. Im übrigen muß bei der Einziehung die Einlage schon deshalb erhalten bleiben, weil andernfalls eine stillschweigende Kapitalherabsetzung erfolgen würde; diese ist jedoch nach dem oben Gesagten vom GmbHGes ausgeschlossen. Durch die Einziehung sinkt daher der Nennwert der Geschäftsanteile unter die Summe der Stammeinlagen. Ebenso entspricht die Zahl der Anteile sowohl nach der Einziehung als auch nach der Teilung nicht mehr der Einlagenzahl. Dann kann aber die außerordentliche Kündigung, die ebenfalls nur eine Mitgliedstelle vernichtet, Stammeinlage und Stammkapital dagegen unberührt läßt, weder die "typenbestimmenden" Faktoren noch den vom Gesetz gewollten Schutz der Gläubigerinteressen verletzen. Sie verstößt daher nicht gegen die Struktur der GmbH.

3.) Auch nach dem Aktiengesetz ist die Zwangseinziehung, also eine einseitige Aufhebung der Mitgliedschaft, zulässig. In Gegensatz zur GmbH ist sie hier jedoch nach §§ 237, 238 AktG zwingend mit einer Herabsetzung des Grundkapitals verbunden; das einzelne Aktienrecht kann

---

1) KG in DR 1943, S. 1230, Nr. 8.

nicht untergehen, wenn nicht gleichzeitig die Grundkapitalherabsetzung wirksam wird [1]. Dazu ist bei der Vernichtung von Aktien gegen den Willen des Betroffenen neben der auch bei der GmbH notwendigen Anordnung in der Satzung noch eine gesonderte Entscheidung des Vorstandes über die Einziehung erforderlich. Diese Aufhebung der mitgliedschaftlichen Beziehungen kann also mit derjenigen durch Kündigung nicht gleichgesetzt werden, da sie mehr als eine rechtsvernichtende Gestaltungserklärung verlangt. Andererseits kann die Kündigung allein keine Herabsetzung des Grundkapitals bewirken. Wenn daher bei jeder Vernichtung einer Mitgliedschaft eine entsprechende Verringerung des Grundkapitals zu fordern wäre, könnte sich kein Gesellschafter auf diese Weise einseitig von der Aktiengesellschaft lösen. Er wäre vielmehr stets darauf angewiesen, daß die Gesellschaft das Herabsetzungsverfahren durchführt und dadurch erst die Vernichtung des Aktienrechts wirksam macht. Unter diesen Umständen wäre eine Kündigung der Mitgliedschaft mit der Struktur der AG nicht zu vereinbaren. Es fragt sich aber, ob es sich bei dieser vom Gesetzgeber angeordneten Kapitalherabsetzung um ein zwingendes Formelement der Aktiengesellschaft handelt, ob also die Vernichtung einer Mitgliedschaft nach den typenbestimmenden Faktoren dieser Organisationsform oder der vom Gesetz bezweckten Gläubigersicherung stets mit einer Verringerung der Haftungssumme verknüpft sein muß.
Anders als das GmbHGes kennt das AktG keine ausdrückliche Trennung von Einlagen und den aus ihnen fließenden Gesellschaftsrechten und -pflichten. Die Aktie

---

1) Schilling in Großkomm.z.AktG., § 193, Anm.4; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 193, Anm. 1; Würdinger, Aktienrecht, S.2o1.

verkörpert sowohl die Mitgliedschaft als auch den Nennbetrag der zugunsten der Gläubiger gebundenen Einlage. Da das Grundkapital gemäß § 1 AktG in Aktien zerlegt wird, ist aus der Einheit von Anteil und Mitgliedschaft gefolgert worden, daß die Summe der Mitgliedschaften das Grundkapital ergeben müsse. Aus diesem Zusammenhang von Mitgliedschaft und Grundkapital ergebe sich, daß mit der Vernichtung der Mitgliedschaft zwingend auch das Grundkapital herabgesetzt werde [1]. Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung von Funktion und Charakter des Grundkapitals und der Mitgliedschaft. Das Grundkapital stellt auch bei der AG den Sollbetrag des von den Gesellschaftern aufzubringenden Vermögens und den in der Passivbilanz einzustellenden Haftungsbetrag dar, in dessen Höhe das Gesellschaftsvermögen gebunden ist. Es ist also lediglich eine Ziffer, eine rechnerische Größe [2]. Eine Ziffer kann aber ihrerseits nur in Ziffern aufgeteilt werden, wie § 6 AktG deutlich zeigt. Sie läßt sich jedoch nicht in Mitgliedschaften zerlegen. Denn eine Mitgliedschaft ist keine bloße Zahl, sondern stets ein Rechtsverhältnis [3]. Das gilt auch für die AG. Das Argument, die Abhängigkeit des Grundkapitals von der Summe der Mitgliedschaften folge zwingend aus der Natur der AG als reiner Kapitalgesellschaft und der damit verbundenen Abstraktheit der Mitgliedschaften, ist nicht stichhaltig [4]. Zwar erschöpft sich der Leistungsinhalt der Mitgliedschaft grundsätzlich in einem bestimmten

---

1) RGZ 21/148 (156/158); Würdinger, Aktienrecht, S.201.
2) Würdinger, a.a.O., S. 21.
3) Müller-Henneberg, S. 24.
4) So: RGZ 21/148 (156); Dilthey, S. 19.

Beitrag zum Grundkapital, er ist also eine abstrakte Ziffer. Damit wird jedoch die gesellschaftliche Beteiligung keineswegs ausgeschöpft; vielmehr enthält die Mitgliedschaft neben der Leistungspflicht schon bei normaler Gestaltung der Gesellschaft Elemente, die nicht zahlenmäßig meßbar sind, wie z.B. Teilnahme- und Stimmrechte. Das muß erst recht für die KartellAG gelten, die nicht streng kapitalistisch orientiert ist, sondern stark personenrechtliche Züge trägt, und bei der sogar der Leistungsinhalt der Mitgliedschaft nicht abstrakt, sondern individuell gestaltet ist. Das Grundkapital der AG ist deshalb die Summe allein der Aktiennennbeträge, also der einzelnen Einlagen der Gesellschafter, nicht dagegen der daraus fließenden Mitgliedschaftsverhältnisse. Bei der Einziehung wird das gesamte Aktienrecht, Mitgliedschaft als auch Einlage, getilgt. Es wird also auch ein Bruchteil der Haftungsziffer gelöscht. In diesem Fall erscheint es zumindest folgerichtig, mit dem Untergang des Aktienrechts auch eine Herabsetzung des Grundkapitals zu verbinden [1].

---

1) Ob dies nach der Struktur der AG auch zwingend ist, bleibt zweifelhaft. Denn gemäß § 227 a.F. HGB war eine Amortisation, die aus dem verfügbaren Reingewinn erfolgte, auch ohne Herabsetzung des Grundkapitals möglich, obwohl auch dabei Nennbeträge erloschen. Die so entstehende Abweichung der Grundkapitalsziffer von dem Gesamtbetrag der Nennwerte wurde damit gerechtfertigt, daß die Übereinstimmung dieser Haftungsziffern nur bei Gründung der AG, nicht aber in ihrem weiteren Verlauf gegeben sein müsse. Brodmann, AktG, § 227, Anm. 3 c; Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaft, S.138.

Wenn aber lediglich die Mitgliedschaft vernichtet wird, der Einlagebetrag als Verkörperung des Kapitalbruchteils aber bestehen bleibt, kann das Grundkapital davon gar nicht berührt werden. Auch nach dem AktG ist es möglich, daß Einlagen bzw. Aktiennennbeträge vorhanden sind, für die eine Mitgliedschaft nicht gegeben ist. Das ist einmal der Fall bei dem Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft. Zwar übernimmt die AG hier das gesamte, auch die Mitgliedschaft umfassende Aktienrecht. Da aber eine Gesellschaft keine Rechtsbeziehungen zu sich selbst haben, also nicht ihr eigenes Mitglied sein kann, muß die mit dem Nennbetrag verbundene Mitgliedschaft mit dem Erwerb der Aktie untergehen. Gleiches gilt für den Ausschluß säumiger Aktionäre nach § 64 AktG [1]. Hier bleibt die Aktie ebenfalls in ihrem Nennwert erhalten. Denn für die Aktie des ausgeschlossenen Mitgliedes wird eine neue ausgegeben, ohne daß das Grundkapital erhöht wird. Der Aktionär selbst verliert sein Aktienrecht, die mitgliedschaftlichen Beziehungen werden folglich völlig aufgehoben [2]. Weil jedoch an seine Stelle zunächst kein neuer Aktionär tritt, kann das mitgliedschaftliche Verhältnis mit der Gesellschaft nicht fortbestehen. Durch den Ausschluß

---

1) Ausschluß und Kündigung können zwar wegen ihrer unterschiedlichen rechtspolitischen Zielsetzung nicht gleichgesetzt werden. Hier solljedoch lediglich am Beispiel des Ausschlusses bewiesen werden, daß die mit der Kündigung beabsichtigte Gestaltungswirkung als solche dem AktG nicht fremd ist.

2) Auch die Haftpflicht des Ausgeschlossenen nach § 64 Abs. 4 AktG ist keine mitgliedschaftliche. Denn sie trifft nach § 65 auch die Vormänner, die aber ihre Mitgliedschaft bereits mit der Übertragung der Aktie verloren haben.

wird also eine Mitgliedschaft, und nur diese, einseitig gelöscht. Genau dies ist aber auch die Gestaltungswirkung der Kündigung. Deshalb muß die einseitige Lösung der mitgliedschaftlichen Beziehungen nach § 13 GWB mit der Struktur der AG vereinbar sein. Wie bei dem Ausschluß bleibt die Aktie in ihrem Nennbetrag als Bruchteil des Grundkapitals und als Mitgliederstelle bestehen. Letztere ist nur bis auf weiteres des Inhabers ledig [1].

Auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden durch die Kündigung als solche nicht verletzt. Das satzungsmäßige Grundkapital als Garantieziffer bleibt erhalten. Mit Aufhebung der mitgliedschaftlichen Beziehungen würde zwar auch die Einlagepflicht des Kündigenden erlöschen, so daß eine rückständige Einlage für die Gesellschaft ausfiele. Die dadurch bedingte Gefährdung der Gläubiger läßt sich aber ausschließen, wenn man die Wirksamkeit der Kündigung von der Erhaltung des gebundenen Kapitals, d.h. von der Volleinzahlung der Einlagen, abhängig macht. Eine derartige Bedingung ist für die Zwangseinziehung anerkannt [2]; es bestehen keine Bedenken, sie auch bei der Kündigung eines Aktionärs für zulässig zu halten. Die Gläubigerinteressen werden ferner berührt, wenn dem Kündigenden für seinen Anteil ein Entgelt gezahlt wird. Diese Frage ist jedoch für die Zulässigkeit der Kündigung nicht entscheidend, weil die Abfindung keine tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Kündigung ist. Auf sie ist daher erst einzugehen, wenn man die Zulässigkeit einer Kündigung bejaht [3].

---

1) Fischer in Großkommentar zum AktG, § 5o, Anm. 27; Fischer in Ehrenbergs Handbuch III, 1. Abt., S. 385

2) Schilling in Großkomm. zum AktG., § 192, Anm.28.

3) s.u. S. 151 ff.

Da die Kartellkündigung, die unter der Bedingung der Erhaltung des Stammkapitals steht, somit weder gegen die Struktur der AG noch gegen die für diesen Rechtstyp vom Gesetz gewollte Interessenbewertung verstößt, ist sie auch bei Kartellen in Form der AG zulässig.

4.) Nur bei Kartellen in Form der Doppelgesellschaft kann die Kündigung allein nach § 13 GWB nicht zu einer Aufhebung sämtlicher mitgliedschaftlicher Bindungen führen. Das Kündigungsrecht ist zur Befreiung von den Kartellpflichten im engeren Sinne gegeben. Die gleichzeitige Beendigung der Gesamtmitgliedschaft tritt durch die Kartellkündigung nur deshalb ein, weil die Kartellpflichten untrennbar mit ihr verbunden sind und eine gesonderte Aufhebung dieses Teils der mitgliedschaftlichen Beziehungen nicht möglich ist. Bei der Doppelgesellschaft wurzeln die Kartellpflichten allein in der als BGB-Gesellschaft oder nicht-rechtsfähiger Verein organisierten Grundgesellschaft. Deshalb kann sich die rechtsvernichtende Wirkung der Kartellkündigung auch nur auf die Zugehörigkeit zur Grundgesellschaft erstrecken. Die regelmäßig bestehende Mitgliedschaft in der Organgesellschaft bleibt aber von einer Kündigung nach § 13 GWB unberührt, weil die Kartellbindung mit dieser Mitgliedschaft rechtlich nicht verknüpft ist.

Dennoch ist auch hier weder das Kartell noch der Kündigende darauf angewiesen, daß die Mitgliedschaft in der Organgesellschaft erst durch Erfüllung eines - stillschweigend vereinbarten - Anspruches auf Abtretung bzw. Übernahme der Geschäftsanteile oder Aktien aufgehoben wird. Denn bei der Doppelgesellschaft ist den Kartellmitgliedern neben dem Kündigungsrecht des

§ 13 GWB ein weiteres Kündigungsrecht zuzubilligen, welches sich auf die Zugehörigkeit zur Organgesellschaft bezieht. Dieses Kündigungsrecht ergibt sich nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unmittelbar aus Treu und Glauben [1]. Danach berechtigt eine Änderung von Umständen, die für die Eingehung konkreter Rechtsbeziehungen erkennbar nach dem Willen der Parteien oder Inhalt und Zweck des Geschäfts von grundlegender Bedeutung waren, zur Lösung dieser Beziehungen, falls ein Festhalten - auch bei Anpassung an die veränderten Umstände - nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist [2]. Da die Organgesellschaft ausschließlich den Zwecken des Kartells und der Durchsetzung der Kartellpflichten dient, wird die Zugehörigkeit zu ihr nur im Hinblick auf die Bindung an das Kartell begründet; sie findet als "kartellmäßige Hilfsmitgliedschaft" allein darin ihre Berechtigung und ist nur solange sinnvoll, wie die Kartellbindung besteht [3]. Aus dem Inhalt der Mitgliedschaft in der Organgesellschaft ergibt sich also, daß die Übernahme der Kartellverpflichtungen für die Begründung dieser mitgliedschaftlichen Beziehungen von grundlegender Bedeutung sind. Die Kartellbindung ist daher als Geschäftsgrundlage der Zugehörigkeit zur Organgesellschaft anzusehen [4]. Mit der Aufhebung der Mitgliedschaft in der Grundgesellschaft wird die Kartellbindung beseitigt; damit entfällt die Geschäftsgrundlage für die Mitgliedschaft in der Organgesellschaft. Eine Anpassung an die veränderte Rechtslage ist aus der Natur der Sache nicht möglich;

---

1) a.A. Fajans, Die Kündigung eines Gesellschafters bei der GmbH., Diss., S. 12.
2) BGH in NJW 1958, S. 34o.
3) Tiemann, S. 53.
4) Tiemann, S. 53.

andererseits ist dem kündigenden Mitglied ein weiterer Verbleib in der Organgesellschaft nicht zumutbar. Aus der Anwendung des Gedankens vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist dem Kündigenden daher auch hinsichtlich der Mitgliedschaft in der Organgesellschaft ein außerordentliches Kündigungsrecht zu gewähren, dessen wichtiger Grund in der Aufhebung der Kartellbindung liegt. Jedoch ist auch für das Kartell die weitere Zugehörigkeit eines Mitglieds, das aus der Grundgesellschaft ausgeschieden ist, zur Organgesellschaft untragbar [1]. Man wird es deshalb nicht in das Belieben des Kündigenden stellen dürfen, wann und ob er von dem auf die Organgesellschaft bezogenen Kündigungsrecht Gebrauch macht. Mit Ausübung des Kündigungsrechts nach § 13 GWB muß vielmehr auch die Kündigung der Mitgliedschaft in der Organgesellschaft als ausgesprochen gelten. Diese Fiktion ist zulässig, weil bei Abwägung der gegenseitigen Belange nur auf diese Weise ein gerechter Interessenausgleich für alle Beteiligten erreicht werden kann. Sie läßt sich auch dogmatisch rechtfertigen. Denn sowohl das Lösungsrecht aus § 13 GWB als auch das nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gewährte geben die Befugnis zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Beide zielen auf die einseitige, sofortige Lösung gesellschaftsrechtlicher, mitgliedschaftlicher Rechtsbeziehungen, sind also in ihrer Funktion gleichgeartete Gestaltungsrechte. Beide Kündigungsrechte sind ferner Ausprägungen desselben Prinzips, der aus Treu und Glauben abgeleiteten clausula rebus sic stantibus [2]. Da schließlich in beiden Fällen das Mittel zur Ausübung der Lösungsbefugnis die einseitige Willenserklärung

---

1) Tiemann, S. 53
2) BGH in NJW 1951, S. 386; Molitor, S. 25o.

ist, bestehen keine Bedenken, bei der Doppelgesellschaft die Kündigungserklärung auf zwei verschiedene Dauerrechtsverhältnisse, die Mitgliedschaft in der Grundgesellschaft und die in der Organgesellschaft, zu beziehen.

Es ist also festzustellen, daß das vom Gesetzgeber für alle Kartellrechtsformen einheitlich gegebene Kündigungsrecht mit der Struktur sämtlicher Kartellgesellschaftstypen vereinbar und deshalb auf diese anwendbar ist. Daraus folgt, daß auch die Kündigungswirkung auf die Mitgliedschaft bei allen Kartellgesellschaften einheitlich sein muß : Mit Wirksamkeit der Kündigungserklärung erlischt die Mitgliedschaft des Kündigenden mit sämtlichen Rechten und Pflichten; dieser scheidet völlig aus der Kartellorganisation aus.

III. Rechtsfolgen der Beendigung der Kartellmitgliedschaft

Die Rechtsfolgen der Kündigung für die Kartellgemeinschaft selbst lassen sich aus § 13 GWB nicht ableiten, weil das Gestaltungsobjekt dieser Bestimmung nicht die Kartellorganisation als solche ist. Gegenstand der Gestaltungswirkung der Kündigung ist vielmehr unmittelbar nur die Rechtsbeziehung zwischen der Organisation und dem kündigenden Mitglied [1]. Ob und inwieweit sich aus der Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses mittelbar Auswirkungen auf die Organisation ergeben, richtet sich nach dem Recht des jeweiligen Gesellschaftstyps [2]. Danach bleibt der Bestand von Kartellvereinen,-Genossenschaften, -GmbH und -AG wegen ihrer körperschaftli-

---

1) So aber: Isay-Tschierschky, für § 8 KVO, Anm. 2
2) Dörinkel in Müller-Henneberg, § 13, Anm. 15; Baumbach-Hefermehl, § 13 GWB, Anm. 10.

chen Struktur von der Vernichtung einer Mitgliedschaft unberührt. Bei den Körperschaften ist die Existenz der Gemeinschaft von der ihrer Mitglieder losgelöst; sie sind als dauerhaftes, dem einzelnen übergeordnetes Ganzes auf den Wechsel einer unbestimmten Vielzahl von Mitgliedern angelegt, so daß auch bei Ausscheiden eines Mitgliedes infolge Kündigung die Korporation bestehen bleibt. Der BGB-Gesellschaft fehlt dagegen dieser körperschaftliche Aufbau. Sie setzt sich ihrem Wesen nach aus bestimmten Personen zusammen, die sich gegenseitig zum Zusammenwirken bei der Erreichung des Gesellschaftszweckes verpflichten, und besteht deshalb grundsätzlich nur unter diesen Personen [1]. Kartelle in Form der BGB-Gesellschaft werden deshalb durch Kündigung eines Mitgliedes nach der gesetzlichen Gestaltung dieses Rechtstyps aufgelöst. Zwar kann im Gesellschaftsvertrag der Fortbestand trotz Ausscheidens eines Gesellschafters vereinbart und damit auch der BGB-Gesellschaft ein körperschaftlicher Zug verliehen werden. Es sind aber keine zwingenden Gesichtspunkte erkennbar, nach denen bei Fehlen einer derartigen ausdrücklichen Vereinbarung bei Kartellen eine dahingehende stillschweigende Vereinbarung notwendig anzunehmen ist [2]. Jedenfalls folgt dies nicht bereits aus der Verwendung dieser Rechtsform für Kartellzwecke. Die Kartellbindung kann die Struktur eines Gesellschaftstyps nur insoweit verändern, als sie auch einer ihrem grundsätzlichen Wesen nach reinen Kapitalgesellschaft einen personenrechtlichen Charakter verleihen kann. Die personenrechtliche Gestaltung hat jedoch die Bildung einer körperschaftlichen Struktur nicht ipso iure zur Folge, wie das Beispiel der

1) Larenz, Schuldrecht II, S. 289.
2) So aber : Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 2; Flechtheim, S. 264; Geiler in Düringer-Hachenburg II, 2, Anh.B. Anm.4o5; Eger, Das Recht der deutschen Kartelle, S.1o7.

bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft deutlich zeigt. Falls daher aus dem Gesellschaftsvertrag nicht eindeutig zu erkennen ist, daß die BGB-Gesellschaft von einem Mitgliederwechsel unabhängig sein soll, bleibt es auch bei ihrer Verwendung als Kartellgesellschaft bei der Regel, daß sie durch die Kündigung ihr Ende findet.

Falls das Kartell durch die Kündigung nicht aufgelöst wird, steht dem Ausscheidenden grundsätzlich ein Anspruch auf Entschädigung für den Verlust der Mitgliedschaft zu, soweit dies mit dem Recht des einzelnen Kartellgesellschaftstyps zu vereinbaren ist. Der BGH hat dies für den Ausschluß eines Gesellschafters bejaht [1]. Denn der Ausschluß trüge keinen Strafcharakter und solle nicht zu einer finanziellen Schädigung des Ausgeschlossenen führen. Das gleiche muß für die Kündigung gelten, die ebenfalls keinen Strafcharakter hat und die das Gegenstück zum Ausschluß ist [2]. Die Versagung eines Abfindungsanspruchs könnte insbesondere bei Kartellen in Form der Kapitalgesellschaft dazu führen, daß das Kündigungsrecht zumindest faktisch ausgeschlossen wird. Es braucht hier lediglich eine entsprechend hohe Einlagepflicht statuiert zu werden, um die Mitglieder von einer Kündigung abzuhalten, weil dann mit dem Ausscheiden ein großer finanzieller Verlust verbunden wäre. In jedem Fall würde die Verweigerung einer Entschädigung, die bei einem Ausscheiden nach den allgemeinen gesetzlichen Lösungsbestimmungen zu zahlen wäre, wenigstens indirekt eine unzulässige Erschwerung der Kartellkündigung bedeuten. Durch die Zahlung eines Entgelts wird das Ge-

---

1) BGHZ 9/157 (168).
2) Westermann in StuR Band 5, S. 69;
BGHZ 9/157 (163).

sellschaftsvermögen vermindert. Es müssen daher bei der Abfindung die Interessen der übrigen Mitglieder und der Kartellgläubiger berücksichtigt werden. Deren Belange werden am besten gewahrt, wenn die Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen nach den Vorschriften erfolgt, die bei den einzelnen Organisationstypen für die vermögensrechtliche Abwicklung bei Aufhebung der mitgliedschaftlichen Beziehungen gegeben sind. Denn in diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber bereits einen Interessenausgleich auf Grund einer Interessenbewertung getroffen.

Bei Kartellen in Form der BGB-Gesellschaft ist die Abfindung folglich nach §§ 738 ff. BGB vorzunehmen: Der Kündigende hat Anspruch auf Zahlung des Betrages, den er bei Auseinandersetzung der Gesellschaft erhalten würde. Er haftet anteilig für einen Fehlbetrag des Gesellschaftsvermögens für die Deckung der Schulden und Einlagen und nimmt am Gewinn und Verlust der zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäfte teil. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den verbleibenden Gesellschaftern an.

Auch bei den Kartellvereinen ist die Frage der Entschädigung des Kündigenden zunächst nach der gesetzlichen Regelung zu entscheiden, welche für die einseitige Aufhebung der Mitgliedschaft, hier also den Austritt, getroffen ist.
Danach findet bei dem rechtsfähigen Verein keine Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Mitglied statt; mit Beendigung der Mitgliedschaft erlöschen zugleich sämtliche Rechte an dem und auf das Vereinsvermögen, mit Ausnahme der bereits vor Austritt begründeten Ansprüche (z.B. das Recht auf den endgültig festgestell-

ten Gewinn aus einer vor dem Ausscheiden bereits abgeschlossenen Geschäftsperiode). Dieser Unterschied zur Regelung bei der BGB-Gesellschaft (§§ 730,738 BGB) beruht auf der verbandsmäßigen Struktur des Rechtsverhältnisses und der daraus folgenden körperschaftlichen Zuordnung des Vereinsvermögens zur Personengemeinschaft [1]. Auch bei dem nicht-rechtsfähigen Verein ist nach herrschender Ansicht trotz der Verweisung des § 54 BGB auf die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft eine Auseinandersetzung über das Vereinsvermögen mit dem ausscheidenden Mitglied ausgeschlossen [2]. Zwar gehört hier ebenso wie bei der BGB-Gesellschaft das Vermögen den Mitgliedern zur gesamten Hand. Da jedoch der nicht-rechtsfähige Verein ebenso wie der rechtsfähige als körperschaftlicher Personenzusammenschluß vom Ausscheiden einzelner Mitglieder unabhängig sein muß, soll regelmäßig das gesamte Vereinsvermögen ständig dem Vereinszweck dienen und dem Verein als dauerndem Personenverband erhalten bleiben. Das Vereinsvermögen ist daher auch bei dem nicht-rechtsfähigen Verein an die jeweilige Mitgliedergesamtheit körperschaftlich gebunden; es ist damit dem Auseinandersetzungsanspruch eines ausscheidenden Mitgliedes entzogen [3].

Diese Regelung muß auch für die Kartellvereine gelten: Sie findet ihren Grund in der körperschaftlichen Gestaltung des Vereinsverhältnisses. Dessen organisato-

---

1) Erman-Westermann, § 39, Anm. A 3; Staudinger-Coing, § 39, Anm. 11; BGB-RGRK, Deneke, § 39, Anm. 2; Lehmann, Allgm.Teil des BGB, S. 433.

2) RGZ 113, 125 (135); Erman-Westermann, § 54, Anm.4; Staudinger-Coing, § 39, Anm. 11; BGB-RGRK, Deneke, § 54, Anm. 9; Lehmann, Allg.Teil d.BGB, S. 442.

3) Lehmann, ebenda.

rische Struktur wird aber nicht dadurch berührt, daß die Organisationsform zur Kartellbildung verwendet wird. Denn der Verein ist seiner gesetzlichen Grundgestaltung nach zweckneutral. Die Vereinbarung einer Wettbewerbsbeschränkung bedeutet also lediglich die zur Vereinsbildung erforderliche Zweckbestimmung der Personenvereinigung, nicht aber die Aufhebung der körperschaftlichen Struktur. Da somit die körperschaftliche Vermögenszuordnung auch bei den Kartellvereinen erhalten bleibt, ist daher bei diesen eine Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden ausgeschlossen, sofern nicht die Satzung ausdrücklich etwas anderes bestimmt [1].

Von dieser Versagung eines Auseinandersetzungsanspruches ist aber die Frage zu trennen, ob im Fall der Kartellkündigung dem Ausscheidenden nicht wenigstens eine Abfindung für den Verlust der Mitgliedschaft zu zahlen ist. Eine grundsätzliche Verneinung eines Entschädigungsanspruches würde den Schutz des § 13 GWB zumindest einengen. Zwar wäre damit die jederzeitige Lösbarkeit der unzumutbar gewordenen Bindung nicht ausgeschlossen. Dem Kündigenden könnte aber dadurch im Einzelfall - besonders, wenn umfangreiche Vermögensleistungen zum Kartellvermögen erbracht worden sind - mit dem Verlust der Mitgliedschaft eine so hohe wirtschaftliche Einbuße entstehen, daß er lieber von der Kündigung absieht und die unzumutbare Kartellbindung weiterträgt. Die Zahlung einer Abfindung würde der körperschaftlichen Zuordnung des Kartellvermögens nicht widersprechen. Schwierigkeiten ent-

---

1) Hauf, S. 4o; Krause, Die Kartellkündigung, S. 41; Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 63 für den rechtsfähigen Kartellverein.

stehen hier jedoch bei der Berechnung der Entschädigungssumme. Denn anders als bei den Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft kann der Wert der Mitgliedschaft bei den Vereinen ziffernmäßig nicht erfaßt werden, weil ihr weder ein bestimmter Kapitalanteil zugrunde liegt, noch ein Geschäftsguthaben zugeordnet ist. Man könnte allerdings an eine Rückerstattung der gezahlten Beiträge denken. Die Kündigung beendet aber die Mitgliedschaft nur für die Zukunft und läßt das Dauerrechtsverhältnis mit seinen Verpflichtungswirkungen für die Vergangenheit unberührt [1]. Außerdem hat der Kündigende ja durch die Teilnahme an den Kartelleinrichtungen und -leistungen ein gewisses Entgelt für seine Beiträge erhalten. Auf jeden Fall kann der Kündigende auch bei den Kartellvereinen zunächst Rückgabe der Einrichtungen und Gegenstände verlangen, die er zur Erfüllung des Kartellzweckes zur Verfügung gestellt hat und die nicht Bestandteil des Vereinsvermögens geworden sind. Darüber hinaus ist ihm ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung zu gewähren. Zu berechnen ist diese Entschädigung aus der Differenz zwischen dem Wert der eigenen Leistungen für das Kartell und den während der Mitgliedschaft aus der Kartellzugehörigkeit gezogenen Vorteilen.

Bei der Kartellgenossenschaft ist die vermögensrechtliche Abwicklung nach einseitiger Aufhebung der mitgliedschaftlichen Beziehungen in §§ 73 ff GenG gesetzlich geregelt. Hier hat der Gesetzgeber für den Fall des 'Ausscheidens eines Genossen bereits eine

---

1) Molitor, S. 1/24; Gschnitzer in Iherings Jahrbuch, Band 76, S. 344

Interessenbewertung vorgenommen; daher ist bei der Kündigung nach § 13 GWB die Entschädigung für den Verlust der Mitgliedschaft nach diesen Vorschriften zu zahlen. Zwar handelt es sich hier ebenfalls nicht um eine echte Auseinandersetzung über das Vermögen der Genossenschaft: Denn auch das Genossenschaftsverhältnis ist verbandsmäßig organisiert, damit das Genossenschaftsvermögen körperschaftlich gebunden. Deshalb hat der ausscheidende Genosse keinen Anspruch auf einen bestimmten Anteil am Gesamtvermögen, am Geschäftswert oder an den Reservekonten der Genossenschaft [1]. Nach § 73 GenG ist dem Genossen aber das nach Zuschreibung der Einzahlungen auf den Geschäftsanteil und des Gewinns bzw. Abschreibung des Verlustes festgestellte Geschäftsguthaben auszuzahlen. Demnach erfolgt auch bei der Kartellkündigung nach § 13 GWB die Abfindung des Kartellgenossen nach der Vermögenslage der Genossenschaft und deren Mitgliederbestand auf Grund einer Abfindungsbilanz, welche allerdings nicht für den Geschäftsjahresschluß, sondern für den Zeitpunkt des Ausscheidens zu erstellen ist. Dem Kündigenden ist das in dieser Bilanz ausgewiesene Geschäftsguthaben innerhalb von sechs Monaten nach Wirksamkeit der Kündigung auszuzahlen; bei einem Fehlbetrag des Genossenschaftsvermögens haftet der Kündigende anteilig für die Schulden.

Bei der GmbH und AG fehlt eine "Auseinandersetzungs- bzw. Abfindungsregelung", weil der Austritt gesetzlich nicht vorgesehen ist. Der Gesetzgeber hat hier also keine auf den Kündigungsfall entsprechend anwendbare Interessenbewertung vorgenommen. Der In-

---

1) Meyer-Meulenbergh, Komm. zum GenG, 1o. Aufl.1965, § 73, Anm. 2

teressenausgleich verlangt aber gerade bei den Kapitalgesellschaften, daß der durch Kartellkündigung ausgeschiedene Gesellschafter für den Verlust der Mitgliedschaft bzw. seines Anteils grundsätzlich entschädigt wird [1] : Diese Entschädigung darf allerdings nicht in der bloßen Rückzahlung der Einlage bestehen. Denn abgesehen vom Verbot der Einlagenrückgewähr ist der in der Satzung ausgewiesene Einlagebetrag kein Maßstab für die vermögensrechtlichen Veränderungen, welche die Mitgliedschaft im Verlauf der Gesellschaft erfahren kann [2]. Vielmehr ist dem Kündigenden der wirkliche Wert seines Anteils zu erstatten [3]. Die Berechnung erfolgt auf Grund einer auf den Zeitpunkt des Ausscheidens erstellten Liquidationsbilanz, in der durch Gegenüberstellung der Verbindlichkeiten und des Vermögens der Gesellschaft das Auseinandersetzungsguthaben ermittelt wird [4]. Bei der Auszahlung der Abfindung sind aber die Bestimmungen des Gläubigerschutzes zu wahren. Das durch die Haftungsziffer des Grundkapitals gebundene Vermögen muß auch bei Ausscheiden eines Mitglieds durch Kündigung erhalten bleiben. Deshalb kann die Entschädigung nur aus dem über diese Garantiesumme hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen geleistet werden, oder es muß ein entsprechender Teil des gebundenen Vermögens durch Kapitalherabsetzung freigemacht werden [5]. Da der Kündigende jedoch eine Kapitalherabsetzung nicht verlan-

---

1) siehe oben, S. 151 dieser Arbeit

2) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 63.

3) Westermann in StuR Band 5, S. 71.

4) RG in JW 1931, S. 3112 (3114); Friedländer, Zweifelsfragen aus der KVO,in JR 1925, S.151; Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 63.

5) BGHZ 9/157 (168).

gen kann, muß die Zahlung einer Entschädigung unterbleiben, soweit Unterbilanz besteht oder durch die Zahlung entstehen würde [1]. Das kann im Einzelfall dazu führen, daß der Abfindungsanspruch bis zur Aufhebung der Kapitalbildung, also bis zur Auflösung des Kartells, nicht durchgesetzt werden kann und solange mit dem Risiko einer ungünstigen Geschäfts- und Vermögensentwicklung belastet ist. Das Reichsgericht hat jedoch zur Kündigung nach § 8 KVO ausgeführt, daß der Kartellgesellschafter bei der Lösung des gesellschaftlichen Bandes unter Umständen auch erhebliche finanzielle Opfer hinnehmen müsse [2]. In diesem Zusammenhang muß das ebenfalls für die Kündigung gemäß § 13 GWB gelten. Denn die Einschränkung der Entschädigungszahlung beruht allein auf dem Gedanken der Gläubigersicherung. Wenn das GWB auch die Wettbewerbsfreiheit und damit den Schutz des wirtschaftlich gefährdeten Kartellgesellschafters verstärken wollte, so sollte dadurch die Sicherheit der Gläubiger zugelassener Kartellgesellschaften aber nicht verringert werden. Die im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geschaffene Bindung des Kapitals ist deshalb bei der Kündigung nach dem GWB genauso zu beachten wie bei der nach der KVO. Nach dieser Interessenbewertung erscheint es nicht als Benachteiligung oder Einschränkung des Kündigungsrechtes, wenn der ausscheidende Gesellschafter einer Kartell-GmbH bzw. -AG das finanzielle Risiko für die Realisierung seines Abfindungsanspruches trägt.

---

1) Dilthey, S.41; Scholz in GmbH-Rundschau 1930, S.492.
2) RG in JW 1930, S. 1387 (1391),

Er ist aber andererseits in gewisser Weise geschützt durch das Auskunftsrecht gegenüber der GmbH bzw. AG: Das Reichsgericht hat dem nach berechtigter Kündigung ausscheidenden Gesellschafter einen sogen. "Rechnungslegungsanspruch" zugebilligt. Dieser geht dahin, daß Vorlage der Bilanz und Darlegung des wahren Wertes des Inventars, Geschäftsvermögens etc. verlangt werden kann [1]. Anhand dieser Angaben ist der Kündigende selbst zu der Feststellung imstande, ob und inwieweit nicht gebundenes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, aus dem sein Abfindungsanspruch befriedigt werden kann. Falls die Gesellschaft die Zahlung der Entschädigung wegen der Bindung des Vermögens durch die Haftungsziffer verweigert, wird der Auskunftsanspruch dahingehend zu erweitern sein, daß der Ausgeschiedene wiederholt Rechnungslegung verlangen kann. Auf diese Weise ist sichergestellt, daß der Abfindungsanspruch bei Freiwerden von Gesellschaftskpital sogleich durchgesetzt und das Risiko seiner Realisierbarkeit für den Ausscheidenden auf ein zumutbares Maß herabgesetzt werden kann.

Der Anteil des Kündigenden wächst den übrigen Gesellschaftern vermögensrechtlich nicht an, die durch die Einlage ausgedrückte Beteiligungsquote erhöht sich nicht. Denn der Anteil bleibt als Einlagebetrag und Bruchteil des Grundkapitals bestehen und fällt mit der Kündigung an die Gesellschaft. Da aber eine Mitgliedschaft vernichtet wird, ist der entstehende Gewinn nunmehr auf eine kleinere Zahl von Gewinnberechtigten zu verteilen. Durch die Kündigung erhöht sich also die Gewinnbeteiligungsquote der verbleibenden

---

1) RG in JW 1931, S. 3112 (3114).

Gesellschafter [1].

IV. Das Verhältnis von § 13 GWB zu den Lösungsbestimmungen des Gesellschaftsrechts

Das Verhältnis des Kartellkündigungsrechts zu den Lösungsbestimmungen des Gesellschaftsrechts war für die KVO von größerer Bedeutung als es für das GWB ist: Nach § 8 Abs. 3 KVO entschied über die Zulässigkeit der Kündigung im Streitfall das Kartellgericht. Das GWB hat dagegen keine Zuständigkeit eines besonderen Gerichtes begründet; über die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Kündigung nach § 13 GWB entscheiden vielmehr ebenso wie bei der Lösung der Mitgliedschaft nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften die allgemeinen Gerichte.

§ 13 GWB ist ein Fall der außerordentlichen Kündigung. Infolge seiner Zuordnung zu einem Gesellschaftsrechtsverhältnis ist das Kündigungsrecht ferner gesellschaftsrechtlicher Natur. Unter den Lösungsbestimmungen des allgemeinen Gesellschaftsrechts ist nur in § 723 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht normiert. Das Problem einer Konkurrenz mit § 13 GWB stellt sich deshalb nur hinsichtlich dieser Vorschrift, es ist also nur bei Kartellen in Form der BGB-Gesellschaft von Bedeutung. Insoweit sind allerdings die allgemeinen Voraussetzungen für eine Gesetzeskonkurrenz zwischen § 13 GWB und § 723 Abs. I S. 2 BGB erfüllt [2]. Beide Bestimmungen beziehen sich auf ein und denselben Lebensvorgang; beide haben dieselbe rechtliche

---

1) Dilthey, S.17; Die Gesellschaft selbst ist nicht gewinnberechtigt, da sie mitgliedschaftsrechtlich nicht an die Stelle des Ausgeschiedenen tritt.

2) Schmitz, Diss., S.23.

Funktion. Denn es handelt sich in beiden Fällen um eine einseitige, fristlose Aufhebung der Mitgliedschaft in einer BGB-Gesellschaft aus wichtigem Grund. Auch in ihrer Rechtsnatur sind beide Kündigungsrechte insofern gleich, als beide ein Fall der "clausula rebus sic stantibus" sind [1]. Eine abschließende Feststellung über das Verhältnis von § 13 GWB zu § 723 Abs. I S. 2 BGB kann daraus allein aber noch nicht hergeleitet werden. Hierfür ist vielmehr weiter maßgeblich, ob die Tatbestände der beiden Normen dieselben oder verschiedene Individualisierungsmerkmale aufweisen. Da sich beide Kündigungsrechte auf die Aufhebung eines abstrakt gleichgearteten Rechtsverhältnisses - Mitgliedschaft in einer BGB - Gesellschaft - richten, kommt als vergleichbares und zu vergleichendes Individualisierungsmerkmal nur der Tatbestand in Betracht, der nach den einzelnen Kündigungsrechten jeweils die Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses rechtfertigt, also der wichtige Grund [2]. Der Gesetzgeber hat in beiden Vorschriften auf eine abschließende Bestimmung des wichtigen Grundes verzichtet, um eine möglichst elastische Anwendbarkeit des Kündigungsrechtes zu sichern; er hat lediglich durch beispielhafte Aufzählung jeweils auf die ratio legis hingewiesen.
Für die Auslegung des Begriffes "wichtiger Grund" in § 1 GWB verweist die Begründung zum Reg. Entwurf des GWB auf die Grundsätze, welche die Praxis zu § 8 KVO

---

1) Molitor, S. 25o; Schwalbe, S. 4.

2) Lent, "Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht", S.185.

entwickelt hat [1].

Unter Zusammenfassung dieser Grundsätze sei ein wichtiger Grund "eine wesentliche, bei Vertragsschluß nicht voraussehbare Änderung, der anders als durch Kündigung nicht Rechnung getragen werden kann und die die weitere Einhaltung des Vertrages .... bei Würdigung aller Belange nicht mehr zumutbar erscheinen läßt". Auch bei § 723 Abs. I S. 2 BGB liegt der wichtige Grund in der Unzumutbarkeit, das Gesellschaftsverhältnis fortzusetzen. Die Frage, unter welchen Umständen einem Mitglied das Verbleiben in der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann, ist jedoch in beiden Kündigungstatbeständen unterschiedlich geregelt.

Zwar wird das Maß der Zumutbarkeit für jede der beiden Vorschriften erst durch die besonderen Umstände des Einzelfalles bestimmt, durch die Art und Stärke der mitgliedschaftlichen Bindung, durch die Anschauungen der beteiligten Gesellschafter und das Maß ihrer Zusammenarbeit, durch Inhalt und Zweck des konkreten

---

1) Amtl.Begründung zum Reg.Entwurf des GWB, Anl. 1, Teil C zu § 8.
Eine umfassende Übersicht über die Rechtsprechung des Kartellgerichts zu den Kündigungsgründen nach § 8 KVO geben Klinger, "Die aktuelle Bedeutung der Rspr. des früheren deutschen Kartellgerichts" in WuW 1952, S. 375 ff. (S. 377 ff.) und Callmann, S. 572 ff. Danach lassen sich die Kündigungsgründe einteilen in Gründe, die sich aus den allgemeinen Wirtschaftsverhältnissen ergeben, Gründe, die durch die Verhältnisse innerhalb des Kartells, insbes. durch das Verhalten der Kartellleitung oder der übrigen Kartellmitglieder, entstehen, sowie Gründe, die den Verhältnissen des Kündigenden selbst erwachsen.

Gesellschaftsverhältnisses [1]. Die unterschiedliche ratio legis verlangt jedoch für die Beurteilung dieser Frage in beiden Vorschriften einen jeweils anderen Ausgangspunkt. § 723 Abs. I S. 2 BGB soll eine Beendigung der Mitgliedschaft ermöglichen, wenn die Grundlage des Dauerrechtsverhältnisses fortgefallen ist. Wesentliche Grundlage jeder Personalgesellschaft ist die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes [2]. Ist dieses gedeihliche Zusammenwirken nicht mehr gewährleistet, dann ist nach § 723 Abs. I S. 2 BGB das weitere Verbleiben in der Gesellschaft unzumutbar [3]. Der Kündigungstatbestand des § 13 GWB setzt dagegen für die Unzumutbarkeit nicht notwendig eine Erschütterung des Vertrauensverhältnisses unter den Kartellmitgliedern voraus [4].

---

1) Geiler in Staudingers Komm. § 723 Abs. 52; Langen § 13 Anm. 4.
2) BGHZ 4, 108 (113)
3) Geiler in Staudingers Komm. § 723 Anm. 52; Schultze v. Lasaulx in Soergel-Siebert § 723 Anm. 28
4) Das zeigt die Rspr. des Kartellgerichts zu § 8 KVO, das die Kündigung auch dann zugelassen hatte, wenn im Verhältnis der Kartellmitglieder zueinander oder zur Kartelleitung seit dem Beitritt des Kündigenden keine Veränderung eingetreten war. Als Beispiele derartiger Kündigungsgründe sind insb. die Außenseitererstarkung und der Konjunkturumschwung zu nennen, die zu einer wirtschaftlichen Existenzbedrohung des Kündigenden im Fall seiner weiteren Bindung an das Kartell führen würden. Ferner beweist auch die Gruppe der allein aus den Verhältnissen des Kündigenden abgeleiteten Kündigungsgründe wie Betriebsumstellung, Unrentabilität des eigenen Betriebes, wirtschaftliche Notlage des Kündigenden, daß es für die Frage der Unzumutbarkeit weiteren Verbleibens im Kartell nicht auf die Vertrauensverhältnisse unter den Gesellschaftern ankommt. Zu diesen Kündigungsgründen vergl. Nachweise bei Klinger, a.a.O. S. 380/381, 383/384; Callmann, S. 572/573, 586-589, 597 ff.

Der wichtige Grund nach dieser Vorschrift wird vielmehr durch den besonderen Kartelltatbestand bestimmt, den der Gesetzgeber mit "unbillige Einschränkung oder Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden" umrissen hat. Das Kartellkündigungsrecht dient dem wirtschaftlichen Schutz des Einzelnen gegen eine Überspannung des inneren Organisationszwanges. Nach dem Gesetzeszweck muß die Kündigung daher das Mittel zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Kündigenden darstellen [1]. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist deshalb in erster Linie von dem wirtschaftlichen Standpunkt des Kündigenden zu beurteilen [2]. Er ist gegeben, wenn die Erfüllung der Kartellpflichten zu einer schweren Schädigung des wirtschaftlichen Fortkommens oder der Existenz des Gesellschafters führen würde [3]. Für die Frage der Unzumutbarkeit weiteren Verbleibens in der Gesellschaft ist also bei § 13 GWB maßgeblich auf wirtschaftliche Gründe abzustellen. Für den Kündigungsgrund in § 723 Abs. I S. 2 BGB ist diese ernste wirtschaftliche Gefährdung eines Mitgliedes nicht erforderlich. Andererseits können wirtschaftliche Gründe, das gilt selbst für den Fall einer Existenzbedrohung, für die außerordentliche Kündigung nach § 723 BGB nicht als wichtiger Grund herangezogen werden, wenn sie nur aus den Verhältnissen des Kündigenden selbst entstehen [4]. Denn § 723 Abs. I S. 2 BGB geht von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß jeder

---

1) Lehnich, S. 353.

2) Dörinkel in Müller-Henneberg § 13 Anm. 1; Lehnich, S. 353.

3) Westermann in StuR Bd. 5, S. 69.

4) Isay-Tschierschky, § 8 Anm. 14.

für seine eigene Leistungsfähigkeit einzustehen und deshalb Verträge ohne Rücksicht auf die aus ihnen erwachsenden wirtschaftlichen Nachteile zu halten hat [1]. Deshalb kann ein Umstand, der nur in der Person eines Gesellschafters begründet ist, nach § 723 Abs. I S. 2 BGB nicht ausreichen, um für ihn ein Verbleiben in der Gesellschaft als unzumutbar erscheinen zu lassen; vielmehr muß der wichtige Grund unabhängig von seiner konkreten Ausprägung im Einzelfall immer in der Sphäre der Gesellschaft oder eines anderen Gesellschafters entstehen. § 13 GWB durchbricht diesen Grundsatz dagegen insoweit, als er die einseitige Aufhebung der Mitgliedschaft auch dann zuläßt, wenn der Kündigungsgrund nur aus der Lage des kündigenden Gesellschafters erwächst [2]. Das Kartellkündigungsrecht begründet also eine über § 723 Abs. I S. 2 BGB hinausgehende Bevorzugung der individuellen Interessen des Einzelnen vor den Belangen der Gesellschaft [3]. Im übrigen hält die Kartellkündigungsbestimmung am Prinzip der Vertragstreue ebenso wie § 723 Abs. I S. 2 BGB fest. Auch § 13 GWB erlaubt nur ausnahmsweise und als letztes Mittel die Lösung der mitgliedschaftlichen Bindungen [4]. Die Frage, wann im Einzelfall ein Grund die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar macht, ist deshalb bei § 13 GWB genau wie bei § 723 BGB durch eine Abwägung der Interessen des Kündigenden und der Belange der Gesellschaft bzw. der Mitgesellschafter zu entscheiden.

1.) Molitor, S. 289.
2) So für § 8 KVO: von Brunn, S. 111.
3) So für § 8 KVO: Kartellgericht zitiert bei Callmann, S. 570.
4) Kartellgericht, zitiert bei Klinger in WuW 1952, S. 377; Westermann in StuR Bd. 5 S. 69.

Bei der Abgrenzung der Individualisierungsmerkmale der beiden Kündigungsnormen ist also festzustellen, daß sich die Tatbestände teilweise überschneiden. Andererseits ergibt sich jedoch aus der obigen Abgrenzung, daß die Kündigungsrechte in ihrer Zweckrichtung und damit auch in den Kündigungsgründen unterschiedlich gestaltet sind : § 723 ist ein Lösungsrecht, das nur im Fall einer Leistungsstörung durchgreift; es soll Fehler, die in der Abwicklung des Gesellschaftsverhältnisses selbst liegen, insbesondere Verstöße gegen das Gebot der Gesellschaftstreue, ausgleichen. Bei § 13 GWB ist dagegen für den wichtigen Grund keine Voraussetzung, daß eine Fehlentwicklung i.S. einer Vertragsverletzung eingetreten ist [1]. Dafür verlangt das Kartellkündigungsrecht aber das Vorliegen eines besonderen Tatbestandes, der unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit [2].

---

1) Denn § 13 GWB richtet sich auch dann gegen eine Überspannung des inneren Kartellzwanges, wenn diese durch den Vertrag gedeckt ist.

2) Das Kartellgericht - zitiert bei Klinger, WuW 1952, S. 377 - hatte dagegen die Auffassung vertreten, daß die Kündigung eines Kartellvertrages nicht auf die in § 8 KVO genannten Kündigungsgründe beschränkt sei; ein Kündigungsgrund i.S. dieser Vorschrift sei gegebenenfalls auch in den Fällen anzunehmen, in denen nach § 723 BGB die fristlose Kündigung eines Gesellschaftsvertrages zulässig sei, weil keine Möglichkeit bestände, bei Kartellen eine Kündigung nach § 723 Abs. I S. 2 BGB im ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen. Dieses Argument ist jedoch mit dem Wegfall der Kartellgerichtsbarkeit hinfällig geworden.

§ 723 Abs. I S. 2 BGB und § 13 GWB sind demnach in ihren Individualisierungsmerkmalen verschieden, so daß eine Gesetzeskonkurrenz ausscheidet. Da § 13 GWB gegenüber § 723 BGB das jüngere Gesetz ist, kommt es für das Verhältnis der beiden Kündigungsrechte darauf an, "ob nach dem Zweck des § 13 GWB den Kartellmitgliedern noch eine weitere Lösungsmöglichkeit alternativ gegeben oder ob diese Vorschrift die Rechtsbeziehungen zum Kartell ausschließlich regeln soll" [1]. Die überwiegende Meinung hat sowohl für die KVO als auch für das GWB das Kartellkündigungsrecht als Spezialvorschrift angesehen, durch welche die Anwendung des § 723 Abs. I S. 2 BGB bei Kartellen ausgeschlossen sei [2]. Der Zweck des Gesetzes spricht aber zumindest nicht dagegen, daß neben der Kündigung aus § 13 GWB auch eine sofortige Aufhebung der Kartellmitgliedschaft nach § 723 Abs. I S. 2 BGB zulässig ist :

Bei allen übrigen Formen der Kartellbildung sollten schon neben der "Sonderregelung" des § 8 KVO die allgemeinen Lösungsvorschriften des jeweiligen Rechtstyps uneingeschränkt anwendbar sein [3]. Zwar handelt es sich bei diesen Vorschriften nicht um eine sofortige Aufhebung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund, es liegt also kein Fall einer Kollision vor. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb gerade dann, wenn ein Kartell als BGB-Gesellschaft organisiert ist, den Mitgliedern das allgemeine Lösungsrecht dieser Ge-

---

1) Schmitz, Diss., S.27.
2) v. Brunn, S. 117; Isay-Tschierschky, § 8, Anm.2; Lent, a.a.O., S.87; Dörinkel in Müller-Henneberg, § 13, Anm.21; Geiler in Düringer-Hachenburg, II, 1, Anhang B, Anm. 406; Schmitz, Diss., S. 28.
3) v.Brunn, S. 117.

sellschaftsform abgeschnitten sein soll. Damit wäre in den Fällen, in denen ein wichtiger Grund i.S. des § 13 GWB nicht vorliegt, weil z.B. die wirtschaftliche Existenz nicht bedroht ist, dem Mitglied ein Verbleiben in der Gesellschaft dennoch nicht zugemutet werden kann, ein Ausscheiden gegen den Willen der übrigen Mitglieder gerade deshalb nicht möglich, weil die Gesellschaft Kartellzwecke verfolgt. Dieses Ergebnis möchte nach der ratio legis der KVO noch hinzunehmen sein, da diese Kartelle als marktpolitische Ordnungsfaktoren ansah und grundsätzlich zuließ. Dem Grundgedanken des GWB widerspricht es jedenfalls, Sprengungsversuche gegenüber Kartellen zu erschweren [1]. Eine derartige Erschwerung ist aber gegeben, wenn den Kartellmitgliedern ein nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zulässiges Kündigungsrecht verweigert wird.

Der Ausschluß des außerordentlichen Kündigungsrechts des § 723 BGB kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß die Kartellgesellschaft ein Sondertatbestand sei, der in der Mehrzahl der Fälle von der einfachen BGB-Gesellschaft außerordentlich abweiche [2]. Die Rechtsform der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft kann für jeden Zweck als organisatorische Grundlage verwendet werden. Entsprechend ist auch die Anwendbarkeit des § 723 BGB nicht auf eine bestimmte Gestaltung der Mitgliedschaft beschränkt. Das Kündigungsrecht ist vielmehr auf alle Fälle zugeschnitten, in denen ein bürgerlich-rechtliches Gesellschaftsverhältnis begründet werden kann; es muß deshalb nach seiner Struktur bei jeder zulässigen Gestaltung der mit-

---

1) Amtl.Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, Anlage 2 zu § 8.

2) Schmitz, Diss., S. 28.

gliedschaftlichen Bindungen, also auch bei der Kartellbildung, durchgreifen.

Nicht zu überzeugen vermag schließlich das Argument, für die ausschließliche Bedeutung des Kartellkündigungsrechtes spräche die Tatsache, daß die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes nur innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung geltend gemacht werden kann [1]. Denn diese Regelung beruht auf der speziellen Ausprägung des wichtigen Grundes im Kartellrecht, der eine Aufhebung der Bindungen nur bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit zuläßt. Der Gesetzgeber ist offensichtlich davon ausgegangen, daß diese wirtschaftlichen, zudem in der Person des Kündigenden liegenden Gesichtspunkte regelmäßig umso schwieriger nachprüfbar sind, je mehr Zeit seit der Kündigung verstrichen ist, und daß deshalb die gerichtliche Nachprüfung des Kündigungsgrundes beschränkt werden muß. Alle übrigen Unwirksamkeitsgründe können dagegen wie bei § 723 BGB zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden. Das Kartell kann also auch bei einer Kündigung nach § 13 GWB die Aufhebung der Mitgliedschaft noch nach Ablauf der Vier-Wochenfrist z.B. mit der Begründung anfechten, die Kündigung sei mangels schriftlicher Kündigungserklärung unwirksam. Das zeigt, daß die Ausschlußfrist des § 13 Abs. 1 S. 3 GWB allein auf den besonderen Kartelltatbestand des Kündigungsgrundes zugeschnitten ist. Da der wichtige Grund in § 723 BGB diesen Tatbestand aber nicht enthält, besteht bei diesem Kündigungsrecht der oben dargelegte Grund für den Ausschluß der Anfechtbarkeit nicht. Deshalb kann

---

1) Schmitz, Diss., S. 28.

aus der gegenüber § 723 BGB besonderen Vorschrift des § 13 Abs. 1 S. 3 GWB nicht gefolgert werden, daß das allgemeine außerordentliche Kündigungsrecht für die BGB-Gesellschaft durch das Kartellkündigungsrecht ausgeschlossen werden sollte. Andernfalls hätte der Gesetzgeber die Ausschlußfrist auf sämtliche Unwirksamkeitsgründe, die auch bei § 723 BGB geltend gemacht werden können, erstrecken müssen. Im übrigen ist die Frist des § 13 Abs. 1 S. 3 GWB zum Schutz des Kündigenden gegeben. Dessen Rechtsposition wird aber nicht verschlechtert, wenn man die Anwendbarkeit des § 723 BGB neben § 13 GWB bejaht: Für die Kündigungserklärung nach § 13 ist Schriftform erforderlich, für die nach § 723 BGB nicht. Bei einer schriftlichen Kündigungserklärung wird man deshalb eine Vermutung dafür annehmen können, daß die Kartellkündigung auf § 13 GWB gestützt werden sollte; das gilt auch dann, wenn auf diese Vorschrift in der Erklärung nicht ausdrücklich Bezug genommen worden ist. Klagt das Kartell nach Ablauf der Vier-Wochenfrist auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes, so kann sich der Kündigende demgegenüber bei Einhaltung der vorgeschriebenen Form auf § 13 Abs. 1 S. 3 GWB berufen; infolge der Vermutung für § 13 GWB braucht er dabei nicht zu beweisen, daß es sich um eine Kündigung nach dieser Vorschrift handelt. Will das Kartell das Entscheidungshindernis der Ausschlußfrist beseitigen, so muß es diese Vermutung entkräften. Es müßte also beweisen, daß die Kündigung nicht auf § 13 GWB gestützt werden konnte. Damit trägt das Kartell nach Ablauf der Frist die Beweislast für das Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 13 GWB. Hält der Kündigende dagegen die Schriftform nicht ein, so spricht zwar keine Vermutung für eine Kündigung

nach § 13 GWB. Diese wäre aber ohnehin wegen Nichteinhaltung der Form unwirksam, so daß auch die Ausschlußfrist für die gerichtliche Nachprüfbarkeit nicht durchgreift. Bei einem Kartell in Form der BGB-Gesellschaft könnte die Kündigung dann jedoch immer noch nach § 723 Abs. I S. 2 BGB gerechtfertigt sein, falls ein wichtiger Grund i.S. dieser Vorschrift gegeben ist.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden :
Das Kündigungsrecht des § 13 GWB ist eine gesetzliche Ausprägung des Rechtsgrundsatzes, daß bei allen Dauerrechtsverhältnissen personenrechtlicher Natur eine einseitige Loslösung möglich sein muß, falls die Fortsetzung nach Treu und Glauben unzumutbar ist. Es ist einheitlich auf alle Gesellschaftsformen anwendbar und hat infolge dieser Zuordnung gesellschaftsrechtlichen Charakter. Da das Kündigungsrecht aber nur bei Gesellschaftsrechtsverhältnissen mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt durchgreift, enthält es zugleich einen besonderen Kartelltatbestand, der es aus der Gruppe der allgemeinen Lösungsrechte des Gesellschaftsrechts heraushebt. Auch in ihrer unmittelbaren Wirkung ist die Kündigung bei allen Gesellschaftstypen einheitlich, sie besteht in der einseitigen, fristlosen Beendigung der Mitgliedschaft. Bei Kartellen in Form der Kapitalgesellschaft ist das Kündigungsrecht jedoch durch die Erhaltung des Kapitals bedingt. Die mittelbaren, insbesondere vermögensrechtlichen Wirkungen der Kartellkündigung bestimmen sich nach den Vorschriften des jeweiligen Organisationsrechts. Neben § 13 GWB sind sämtliche Lösungsvorschriften des allgemeinen Gesellschaftsrechts uneingeschränkt anwendbar.

D. Die Kündigung der Kartellbeschlüsse

Das vom Gesetzgeber in § 13 GWB eröffnete Recht, auch Beschlüsse der in den §§ 2 - 8 GWB bezeichneten Art selbständig zu kündigen, läßt sich in das System der einseitigen Lösungsmöglichkeiten nicht einordnen [1].

Die Kündigung ist das erforderliche Gegengewicht zu der fortlaufenden Bindung der Dauerrechtsverhältnisse; ihr Zweck liegt in der Begrenzung dieser Bindungen durch Aufhebung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses. Nach dieser Funktion ist die Kündigung notwendigerweise auf ein geschlossenes, selbständiges Rechtsverhältnis bezogen [2]. Diese Zuordnung ist kein spezifisches Merkmal des Gesellschaftsrechts, sondern ergibt sich für das gesamte Recht generell aus der Aufgabe, welche die Kündigung für jedes Dauerrechtsverhältnis, unabhängig von dessen Rechtscharakter, zu erfüllen hat. Der Beschluß stellt dagegen weder ein Rechtsverhältnis dar, noch ist er ein rechtlich selbständiges Rechtsinstitut. Er ist vielmehr vom Bestehen eines Rechtsverhältnisses abhängig, welches durch seine Machtlage über die Beschließenden erst die Bindungs- und Verpflichtungswirkung von Beschlüssen begründet. Bei der isolierten Kündigung eines Beschlusses bleibt das ihn tragende Rechtsverhältnis bestehen. Die Wirkung der Beschlußkündigung nach § 13 GWB stimmt demnach mit dem Zweck, welchen die Kündigung nach der Rechtssystematik typischerweise verfolgt, nicht überein.

---

1) Lukes, S. 276.
2) Molitor, S. 2.

Auch zur Gattung der Anfechtungsrechte kann die Kündigung von Beschlüssen, wie § 13 GWB sie vorsieht, nicht gezählt werden. Zwar kommt sie diesen Gestaltungsrechten insoweit näher als der Kündigung, als die Anfechtung im Gegensatz zur Kündigung nicht Rechtsverhältnisse, sondern Willenserklärungen betrifft. Es ist aber zunächst schon fraglich, ob der Beschluß als Willenserklärung anzusehen ist und damit überhaupt einer Anfechtung unterliegen kann [1]. Selbst wenn man dies bejaht, so bleiben doch zwischen der Aufhebung von Beschlüssen nach § 13 GWB und der Anfechtung im rechtstechnischen Sinn erhebliche Unterschiede : Das Anfechtungsrecht beruht auf Mängeln, die in dem anfechtbaren Geschäft selbst begründet sind; die Beschlußkündigung setzt dagegen weder einen Fehler des Beschlusses als solchem noch eine Fehlentwicklung seiner Durchführung voraus. Rechtsfolge der Anfechtung ist die vollständige Vernichtung des Rechtsgeschäfts mit rückwirkender Kraft; das Geschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen, auch seine in der Vergangenheit bereits entfalteten Rechtswirkungen werden als nicht existent betrachtet. Die Kündigung nach § 13 GWB läßt jedoch die Rechtsfolgen eines Beschlusses bis zum Kündigungszeitpunkt bestehen, sie hebt seine Bindungen nur für die Zukunft auf [2]. Ein wirksam angefochtenes Geschäft ist jedermann gegenüber nichtig, jeder kann sich auf diese Nichtigkeit berufen [3]. Durch die Kündigung nach § 13 GWB wird da-

---

1) Bejaht wird die Eigenschaft als Willenserklärung von Vormbaum, S.18; einschränkend: Krause, "Gesellschaftsbeschluß und Abstimmung", Diss., S.41; ablehnend: Wieczorek, Zivilprozeßordnung IV, 2, § 394, Anm.A II b 3; Bartholomeyczik in ZHR Band 105, S. 299/322.
2) Beitzke, S. 21
3) Lehmann, Allg.Teil des BGB, S. 162.

gegen nur der Kündigende selbst von den Wirkungen des Beschlusses befreit; gegenüber den anderen Mitgliedern des Kartells behält der Beschluß seine uneingeschränkte Wirksamkeit. Diese grundsätzlichen Unterschiede in Voraussetzungen und Rechtsfolgen schließen es aus, die Kündigung von Beschlüssen der Gruppe der Anfechtungsrechte zuzuordnen. [1)]

Die durch § 13 GWB zugelassene Kündigung von Beschlüssen ist überhaupt kein rechtsvernichtendes, negativ wirkendes Gestaltungsrecht. Denn sie hebt den betreffenden Beschluß nicht auf, sondern befreit nur den Kündigenden für die Zukunft von dessen Wirkungen. Damit wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Kartell und dem Kündigenden, welches durch den gekündigten Beschluß geregelt wurde, inhaltlich verändert. Bei der Beschlußkündigung handelt es sich in Wahrheit also um ein positives, rechtsänderndes Gestaltungsrecht [2)].
Nun steht es zwar dem Gesetzgeber frei, auch derartige Gestaltungsgeschäfte als Kündigung zu bezeichnen.

---

1) Auch die nach §§ 241 ff. AktG zugelassene Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen zählt nicht zu den Anfechtungsrechten im eigentlichen Sinn. Zwar wird hier der Beschluß rückwirkend und völlig aufgehoben. Diese Aufhebung erfolgt jedoch nicht durch einseitige Gestaltungserklärung des Anfechtungsberechtigten, sondern durch Urteil, so daß der für Gestaltungsrechte - damit auch für die Anfechtung - wesensnotwendige Grundsatz der Selbstverwirklichung des Rechts nicht gegeben ist.

2) Molitor, S. 38/49.

Vom Ergebnis der Beschlußkündigung her bestehen aber Bedenken, eine solche einseitige Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses überhaupt zuzulassen : Leitendes Prinzip des Gesellschaftsrechtes ist das Recht aller Mitglieder auf Gleichbehandlung [1]. Dies gilt in besonderem Maß für Kartellgesellschaften, weil auch die vom Gesetz zugelassene Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich nur gerechtfertigt und zumutbar ist, wenn sämtliche Mitglieder in gleicher Weise gebunden sind [2]. Wenn sich ein Kartellgesellschafter von den Wirkungen eines Beschlusses befreien kann, im übrigen aber im Kartell verbleibt, so erhält er dadurch einseitig eine Sonderstellung. Denn er wird von den Verpflichtungen, die der Kartellbeschluß stets enthält, befreit, kann aber als Gesellschafter im übrigen uneingeschränkt die wirtschaftlichen Vorteile des Kartells in Anspruch nehmen. Die damit verbundene Benachteiligung der übrigen Mitglieder, die weder nach der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag begründet noch vom Willen des Kartells getragen ist, widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Wegen dieser Bedenken ist im Schrifttum zur KVO teilweise vorgeschlagen worden, auch bei untragbaren Kartellbeschlüssen nur eine Kündigung des gesamten Kartellvertrages mit der Folge fristlosen Ausscheidens aus der Gesellschaft zuzulassen. Es sei kein berechtigtes Verlangen, einerseits Mitglied bleiben, andererseits eine Sonderstellung gegenüber den anderen Mitgliedern einnehmen zu wollen [3].

---

1) Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 9
2) Zwar ist auch eine unterschiedliche Behandlung der Mitglieder zulässig; sie bedarf aber einer Vereinbarung mit dem Kartell, d.h. des Einverständnisses sämtlicher Mitglieder, Isay-Tschierschky, § 8, Anm. 9.
3) Isay-Tschierschky, § 8, Anm.9; v. Brunn, S. 1o4.

Diese Möglichkeit versagt aber, wo nicht die Abwicklung der durch den Kartellvertrag selbst begründeten Pflichten unzumutbar geworden ist, sondern allein die durch den Beschluß herbeigeführten Bindungen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit unbillig einschränken. Die Verweisung auf die Vertragskündigung ist insbesondere in den Fällen unbrauchbar, in denen nicht schon durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung, sondern erst durch einen nicht satzungsändernden Beschluß eine kartellmäßige Bindung hervorgerufen worden ist. Wenn man daher die Notwendigkeit anerkennt, daß Kartellbindungen auch teilweise und ebenfalls bei Beschlußkartellen einseitig lösbar sein müssen, so kommt man ohne das Gestaltungsmittel der Beschlußkündigung nicht aus. Wegen der schwerwiegenden Folgen einer solchen Kündigung für das Kartell wird aber an das Erfordernis des wichtigen Grundes ein strengerer Maßstab anzulegen sein als im Fall der Kündigung der gesamten Mitgliedschaft. Darüber hinaus wird man dem Kartell u.U. das Recht zubilligen müssen, das Mitglied, das einen Kartellbeschluß gekündigt hat, auszuschließen. Dabei kann dahingestellt bleiben, inwieweit sich eine solche Befugnis bereits aus den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ergibt. Denn das Ausschlußrecht des Kartells läßt sich aus § 13 GWB selbst ableiten. Der Ausschluß ist die von der Organisation ausgehende, einem Mitglied gegenüber ausgesprochene Kündigung. Die Kündigung nach § 13 GWB kann aber grundsätzlich auch vom Kartell selbst gegenüber einem einzelnen Kartellbeteiligten erklärt werden [1]. Unbedenklich ist insoweit, daß nach dem Wortlaut der Vorschrift "der Kartellvertrag" gekündigt wird. Als Vertrag in

---

1) Dörinkel in Müller-Henneberg § 13 Anm. 11; Langen § 13 Anm. 5; Callmann, S. 534/535 für § 8 KVO.

diesem Sinn ist nicht der kartellbegründende Organisationsvertrag, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Kartell und Mitglied zu verstehen. Es muß allerdings ein wichtiger Grund auf Seiten des Kartells gegeben sein, der unter den Schutzzweck des § 13 GWB fällt. Nun ist zwar § 13 nicht auf den Schutz der Organisation gegen das einzelne Mitglied, sondern auf den wirtschaftlichen Schutz des einzelnen Vertragsbeteiligten gegen den internen Organisationszwang abgestellt. Deshalb ist es fraglich, ob allein die durch eine Beschlußkündigung erlangte Vorzugsstellung des Kündigenden einen wichtigen Grund für das Kartell darstellt. Als wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des einzelnen Mitgliedes ist eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse innerhalb des Kartells anerkannt, die zu einer erheblichen Minderung des Einflusses und der Durchsetzbarkeit der Interessen des Einzelnen führen [1]. Die Interessenlage ist aber auf Seiten des Kartells gleich zu bewerten, wenn infolge der Kündigung eines Beschlusses eine so erhebliche Gleichgewichtsstörung oder Kräfteverschiebung zwischen den Kartellmitgliedern eintritt, daß bei einem Verbleiben des Kündigenden im Kartell die Erreichung des Kartellzwecks erschwert oder ausgeschlossen wird. Führt die durch die Beschlußkündigung erlangte Sonderstellung zu einer derartigen Störung der Funktionsfähigkeit des Zusammenschlusses, dann liegt auf Seiten des Kartells eine "Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit" vor, die eine Kündigung durch das Kartell nach § 13 GWB rechtfertigt.

---

1) Kartellgericht, zit. bei Klinger in WuW 1963, S. 380/381; bei Callmann, S. 589.

Lebenslauf

Am 26. Juni 1940 wurde ich als zweites Kind des damaligen Assessors Joachim Fischer und seiner Frau Ruth, geb. Claussen, in Münster/Westf. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.
Im Frühjahr 1947 wurde ich in Minden eingeschult. 1951 bestand ich die Aufnahmeprüfung für die höhere Schule. Ich besuchte den humanistischen Zweig des Gymnasiums Leopoldinum in Detmold und des Ratsgymnasiums in Bielefeld, wo ich 1960 die Reifeprüfung ablegte. Vom Sommersemester 1960 bis einschließlich Wintersemester 1961/62 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Philipps-Universität in Marburg, vom Sommersemester 1962 bis Sommersemester 1964 an der Wilhelms-Universität in Münster. Im August 1964 legte ich das Referendarexamen bei dem Landesjustizprüfungsamt in Hamm ab. Im Mai 1965 begann ich die Referendarausbildung in Osnabrück, die ich in Berlin, London und Oldenburg fortsetzte. Im Juli 1969 bestand ich die große juristische Staatsprüfung bei dem Landesjustizprüfungsamt in Hannover.

Alexander Fischer